

ERLANGER JURISTISCHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN VON DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ERLANGEN-NÜRNBERG · BAND 23

PETER REINEL

DIE VERBANDSKLAGE
NACH DEM AGBG



CARL HEYMANNS VERLAG KG

1979

ERLANGER JURISTISCHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN VON DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ERLANGEN-NÜRNBERG

Band 1: *Prof. Dr. Hans Forkel*
Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht
Eine privatrechtliche Untersuchung
1968. 8°. 93 Seiten. Kartonierte DM 15,-

Band 2: *Dr. Heinrich Pierer von Esch*
Teilnichtige Rechtsgeschäfte
Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB
1968. 8°. 138 Seiten. Kartonierte DM 22,50

Band 3: *Dr. Richard Walther*
Klageänderung und Klagerücknahme
1969. 8°. 163 Seiten. Kartonierte DM 25,-

Band 4: *Dr. Ruprecht Kamlah*
Right of Privacy
Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in amerikanischer Sicht
unter Berücksichtigung neuer technologischer Entwicklungen
1969. 8°. 192 Seiten. Kartonierte DM 32,-

Band 5: *Dr. Hans-Rainer Kröller*
Vollstreckungsschutz im Verwaltungszwangsverfahren
1970. 8°. 120 Seiten. Kartonierte DM 22,-

Band 6: *Dr. Dieter Hesselberger*
Die Lehre vom Streitgegenstand
Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand
1970. 8°. 296 Seiten. Kartonierte DM 49,-

Band 7: *Dr. Jürgen Bichelmeier*
Der juristische Hilfsarbeiter an den obersten deutschen Gerichten
1970. 8°. XXI, 130 Seiten. Kartonierte DM 33,-

ERLANGER JURISTISCHE ABHANDLUNGEN
BAND 23

1979 № 306

ERLANGER JURISTISCHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN VON DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ERLANGEN-NÜRNBERG · BAND 23



CARL HEYMANNS VERLAG KG

Köln · Berlin · Bonn · München

DIE VERBANDSKLAGE NACH DEM AGBG

Voraussetzungen, Entscheidungswirkungen
und dogmatische Einordnung

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg



vorgelegt von
Peter Reinel
aus Kulmbach



Referent: Professor Dr. Dieter Leipold
Tag der mündlichen Prüfung: 23. 2. 1979

Vorwort

Die Rechtsfigur der Verbandsklage ist in den letzten Jahren vor allem unter rechtspolitischen Gesichtspunkten diskutiert worden. Die vorliegende Arbeit nimmt dagegen die Einführung einer Verbandsklage im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Anlaß, die Probleme der dogmatischen Einordnung einer getroffenen Verbandsklageregelung näher zu untersuchen, insbesondere zu klären, ob und wie sich diese in das herkömmliche System des Zivil- und Zivilprozeßrechts einfügen läßt.

Die Arbeit lag im Wintersemester 1978/79 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation vor. Spätere Veröffentlichungen sind bis April 1979 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. *Dieter Leipold* für die vielfältige Unterstützung und Förderung dieser Arbeit. Dem Herausgeberkollegium des Fachbereichs danke ich für die Aufnahme in die Reihe der Erlanger Juristischen Abhandlungen.

Erlangen, im April 1979

Peter Reinelt



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546213_0054

Inhalt

Literatur	XI
A. Einleitung	1
B. Grundstrukturen der in der Reformdiskussion erörterten verfahrensrechtlichen Modelle und der Gesetzentwürfe	5
I. Notwendigkeit einer verfahrensrechtlichen Regelung	5
1. Der Meinungsstand	5
2. Die angeführten Gründe	6
II. Einzelne Kontrollmodelle	8
1. Genehmigungspflicht	8
2. Registrierungspflicht	11
3. Kollektive Vereinbarung von AGB	12
4. Aufstellung von Muster-AGB	13
5. Abstraktes gerichtliches Prüfungsverfahren	14
a) Allgemeines	14
b) Übernahme der »class action«	15
c) Beteiligung von Verbraucherschutzbehörden oder eines Verbraucherbeauftragten	17
III. Die Gesetzentwürfe und das Gesetzgebungsverfahren	19
1. Der Gesetzentwurf der CDU/CSU	19
2. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung	21
3. Das Gesetzgebungsverfahren	21
C. Die Voraussetzungen der Verbandsklage nach § 13 AGBG	25
I. Materielle Voraussetzungen der Unterlassungs- und Widerrufsverpflichtung	25
1. Allgemeines	25
2. Die Verwendung und Empfehlung von AGB	26
a) Verwendung	26
b) Empfehlung	30
c) Zurechnung für das Verhalten von Hilfspersonen	32

3. Wiederholungsgefahr bzw. Fortdauer des Störungszustandes ...	35
4. Die Unwirksamkeit der verwendeten oder empfohlenen AGB ..	38
a) Der allgemeine Prüfungsmaßstab	38
b) Das Verhältnis zu den §§ 2-5	40
c) Vorschriften außerhalb des AGBG als Prüfungsmaßstab ...	44
II. Die Klagebefugnis	47
1. Der Kreis der Klagebefugten	47
a) Allgemeines	47
b) Die in § 13 Abs. 2 aufgeführten Verbände	47
aa) Verbraucherverbände	47
bb) Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen	51
cc) Öffentlich-rechtliche Verbände	53
c) Klagebefugnis anderer Personen und Institutionen	53
2. Der Umfang der Klagebefugnis	54
a) Der grundsätzliche Umfang	54
b) Beschränkung durch die Verbandssatzung	55
c) Einschränkung nach § 13 Abs. 3	57
3. Officialprüfung der Klagebefugnis	58
4. Klagebefugnis und Rechtsschutzbedürfnis	60
a) Abgrenzung und Zusammenhänge	60
b) Parallelverfahren durch anderen Verband wegen desselben Sachverhalts	61
c) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis wegen eines Subsidiaritätsverhältnisses unter den Passivlegitimierten	64
<i>D. Rechtsfolgen des Verbandsklageurteils</i>	<i>67</i>
I. Veröffentlichungsbefugnis und Registrierung	67
1. Veröffentlichungsbefugnis	67
2. Registrierung	68
II. Rechtskraft	69
1. Umfang der Rechtskraft	69
2. Rechtskrafterstreckung auf andere Verbände?	73
3. Die Wirkung von § 21	75
a) Blick auf den Inhalt und die zur Rechtsnatur vertretenen Ansichten	75
b) Die Voraussetzungen im einzelnen	76
aa) Unterlassungsurteil	76
bb) Zuwiderhandlung	78
cc) Einrede	80

c) Die Einseitigkeit der Wirkung des § 21	82
d) Stellungnahme zur Rechtsnatur des § 21	84
III. Die Vollstreckungsgegenklage nach § 19	87
1. Die Abweichungen von § 767 ZPO	87
2. Die Voraussetzungen des Rechtsbehelfs	89
3. Gründe für die geminderte Bestandskraft der Entscheidung ...	91
<i>E. Dogmatische Einordnung der Verbandsklage nach § 13 AGBG</i>	93
I. Der Meinungsstand zu § 13 AGBG	93
II. Untersuchung der in Betracht kommenden Einordnungsmöglichkeiten	95
1. Klage aus materiellrechtlichen Ansprüchen der Verbände	95
a) Der Anspruchsbegriff im geltenden Zivilrecht	95
aa) Inhalt und Wesen des Anspruchs	95
bb) Struktur und Funktionen des Anspruchs	97
cc) Die dogmatische Erfassung der allgemeinen zivilrechtlichen Unterlassungsklage	99
dd) Der Anspruch als bloßes Schutzmittel bei Rimmelspacher	105
ee) Zusammenfassung	107
b) Ablehnung von materiellrechtlichen Ansprüchen der Verbände	108
aa) Bedenken aus der Vielzahl der Berechtigten	108
bb) Die Begründungen für die Annahme von Ansprüchen bei § 13 UWG	109
cc) Die Begründung von Schlosser für das AGBG	115
2. Klagebefugnis der Verbände als Prozeßstandschaft oder Prozeßführungsbefugnis	117
a) Gesetzliche Prozeßstandschaft	117
b) »Selbständige« Prozeßführungsbefugnis	118
3. Die Verbandsklage als privatrechtlicher »Institutionenschutz« ..	119
4. Popularklage	122
III. Eigene Einordnung: Privatrechtliche Kontrollkompetenz der Verbände	123
1. Keine materielle Verwaltungstätigkeit der Verbände im öffentlich-rechtlichen Sinn	123
2. Privatrechtliche Kontrollkompetenz der Verbände	126
3. Folgerungen, insbesondere für die Problematik der parallel oder nacheinander stattfindenden Verfahren wegen des gleichen Sachverhalts	129

<i>F. Einzelfragen</i>	133
I. Prozeßmaximen und Dispositionsakte im abstrakten Verfahren ...	133
1. Geltung des Untersuchungsgrundsatzes	133
2. Dispositionsakte	135
II. Anspruch der Verbände auf Erstattung der außergerichtlichen Ab- mahnkosten	139
1. Notwendigkeit und Funktion der Abmahnung	139
2. Der Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Kosten ...	140
III. Die kollisionsrechtliche Behandlung von § 13	142
<i>G. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse</i>	147
I. Zweck und materielle Voraussetzungen	147
II. Die Rechtsstellung der Verbände	147
III. Prozessuale Probleme der Verbandsklage	148

Literatur

- Arens, Peter* Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts, in: Humane Justiz (Die deutschen Landesberichte zum ersten internationalen Kongreß für Zivilprozeßrecht in Gent 1977), Kronberg 1977, S. 1 ff.
- von Arnim, Hans Herbert* Gemeinwohl und Gruppeninteressen, Frankfurt 1977
- Bartlsperger, Richard* Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, VVDStRL 33, 221
- Baumbach, Adolf* Wen schützt das Wettbewerbsrecht?, MuW 1931, 5
- Baumbach, Adolf / Hefermebl, Wolfgang* Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., München 1978
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang* Zivilprozeßordnung, 36. Aufl., München 1978
- Baur, Fritz* Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der »vorbeugenden Unterlassungsklage«, JZ 1966, 381
- Funktionswandel des Zivilprozesses?, in: Tradition und Fortschritt im Recht (Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät), Tübingen 1977, S. 159
- Berg, Hans* Die Prozeßführungsbefugnis im Zivilprozeß, JuS 1966, 461
- Bettermann, Karl August* Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, Hamburg 1948
- Zur Verbandsklage, ZZP 85 (1972), 133
- Besprechung von Bomsdorf, Falk, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, ZZP 88 (1975), 347
- Bomsdorf, Falk* Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, Berlin 1971
- Borck, Hans-Günther* Klagebefugnis für Verbraucherverbände, WRP 1965, 319
- Brandner, Hans-Erich* Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft (Rechtspolitischer Kongreß der SPD vom 5., 6. und 7. Mai 1972 in Braunschweig – Dokumentation), Karlsruhe 1972, S. 47

- Brandner*, Hans-Erich Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 162 (1963), 237
- Wege und Zielvorstellungen auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1973, 613
- Brohm*, Winfried Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969
- Bruns*, Rudolf Der materielle Anspruch und der Zivilprozeß, in: Festschrift till Per Olof Ekelöf, Stockholm 1972, S. 161
- Bucher*, Eugen Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965
- Bürck*, Harald Reform der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Rechtskraft als Verfahrenshindernis für einen wirksamen gerichtlichen Verbraucherschutz?, DB 1975, 1829
- Bullinger*, Martin Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968
- Bussmann*, Kurt Aktivlegitimation im Wettbewerbsrecht, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1969, 312
- von Caemmerer*, Ernst Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben (Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960), Karlsruhe 1960, Bd. II, S. 49
- Carsten*, Gebhard Marktgerichtshof und Verbraucherombudsman, WuW 1973, 667
- Creutzig*, Jürgen Das AGB-Register beim Bundeskartellamt – Hilfe für die Praxis?, NJW 1979, 20
- Däubler*, Wolfgang Konsumentenombudsman und Verbraucherselbsthilfe?, in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft (Rechtspolitischer Kongreß der SPD vom 5., 6. und 7. Mai 1972 in Braunschweig – Dokumentation) Karlsruhe 1972, S. 57
- Damm*, Reinhard Privatrechtliche Verbandsklage – Instrument der Wirtschaftskontrolle oder Kontrollersatz, ZRP 1978, 167
- Diederichsen*, Uwe Die Funktion der Prozeßführungsbefugnis in ihrer Beschränkung auf Drittprozesse, ZRP 76 (1963), 400
- Dietlein*, Max Neues Kontrollverfahren für Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1974, 1065
- Dietlein*, Max Josef /
Rebmann, Eberhard AGB aktuell – Erläuterungen zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln 1976

- Dittmann, Klaus / Stahl, Henning* Allgemeine Geschäftsbedingungen: AGB, Wiesbaden/Berlin 1977
- Dreus, Bill / Wacke, Gerhard* Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, Berlin/Köln/München/Bonn 1961
- Droste, Karl* Unlauterer Wettbewerb und Polizei, WRP 1958, 166
- Duigneau, Johann Christoph* Die Entwicklung des Unterlassungsanspruchs als Instrument vorbeugenden Rechtsschutzes im Privatrecht, Diss. Hamburg 1969
- Emmerich, Volker* Die Problematik allgemeiner Geschäftsbedingungen, JuS 1972, 361
- Enneccerus, Ludwig / Lehmann, Heinrich* Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, 14. Auflage, Tübingen 1954
- Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz. Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Hrsg. Bundesminister der Justiz) Bonn 1974
- Esser, Josef* Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates, Wien 1949
- Eyermann, Erich / Fröhler, Ludwig* Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., München 1977
- Faber, Heiko* Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß, Baden-Baden 1972
- von Falckenstein, Roland* Wettbewerbsrechtlicher Verbraucherschutz in der Praxis, in: Gewerblicher Rechtsschutz – Urheberrecht – Wirtschaftsrecht. Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, S. 307
- Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände, Köln 1977
- Georgiades, Apostolos* Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968
- Gilles, Peter* Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zwielficht prozessualer und zivilistischer Prozeßbetrachtung, ZZP 83 (1970) 61
- Götz, Heinrich* Rechtsfolgen des teilweisen Verstoßes einer Klausel gegen das AGB-Gesetz, NJW 1978, 2223
- Gottwald, Peter* Class Actions auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozeß?, ZZP 91 (1978), 1
- Grimes, Warren* Die Federal Trade Commission, GRUR Int. 1973, 643
- Grossmann, R.* Entwurf eines Gesetzes zur Regelung vorformulierter Verträge, ZRP 1974, 99

- Grunsky*, Wolfgang Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft, BB 1971, 1113
- Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974
- Zur zeitlichen Wirkung eines Urteils auf Unterlassung der Verwendung bestimmter Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht (Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdig) Berlin/Heidelberg/New York 1978, S. 325
- Gudian*, Ingo Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZRP 1972, 147
- Habscheid*, Walter Das Prozeßführungsrecht der Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (§ 13 UWG), GRUR 1952, 221
- Urteilstwirkungen und Gesetzesänderungen, ZZP 78 (1965), 400
- Hadding*, Walter Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts, JZ 1970, 305
- Habnenfeld*, Günter Der Ombudsmann-Gedanke, ZRP 1973, 60
- Hefermebl*, Wolfgang Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, in: Festschrift für H. C. Nipperdey zum 60. Geburtstag, München/Berlin 1955
- Die Klagebefugnis der Verbände zur Wahrnehmung der Interessen der Verbraucher, GRUR 1969, 653
- Heinze*, Meinhard Rechtsnachfolge in Unterlassen. Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur des Unterlassungsanspruches nach § 1004 I 2 BGB und der Rechtsnachfolge, Tübingen 1974
- Hellwig*, Konrad Anspruch und Klagerecht (Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, 5. Bd., 1. Heft), Jena 1900
- Helm*, Johann Georg Grundlage einer normativen Theorie allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Ludwig Schnorr v. Carolsfeld, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, S. 125
- Henckel*, Wolfram Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961
- Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
- Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), 97
- Hensen*, Horst-Diether Keine einstweiligen Verfügungen in AGB-Sachen?, DB 1978, 2207

- Herbst, Walter* Die Bedeutung des Rechtsschutzanspruchs für die moderne Zivilprozeßrechtslehre, Diss. Bonn 1973
- Herschel, Wilhelm* Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 1942, 753
- Heyen, Erik Volkmar* Das staatsrechtliche und rechtstheoretische Problem des Beliehenen, Berlin 1973
- Hiersemann, Walter* Die wettbewerbsrechtliche Abmahnung und ihre Kosten, NJW 1971, 777
- von Hippel, Eike* Präventive Verwaltungskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen?, ZRP 1972, 110
- Besserer Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Geschäftsbedingungen, BB 1973, 993
- Verbraucherschutz, Tübingen 1974
- Verbraucherschutz, RabelsZ 50 (1976), 513
- Hohloch, Gerhard* Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht, Frankfurt 1976
- Hohmann, Gerhard* Möglichkeiten einer besseren verfahrensrechtlichen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, JZ 1975, 590
- Isay, Hermann* Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts, Berlin 1933
- Jahr, Günther* Die Einrede des bürgerlichen Rechts, JuS 1964, 125, 218
- Jauernig, Othmar* Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971, 329
- Zivilprozeßrecht, 18. Aufl., München 1977
- Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 14. Aufl., München 1977
- von Jhering, Rudolf* Der Kampf ums Recht, 1872 (Nachdruck – Nürnberg 1965)
- Joerges, Christian* Die klassische Konzeption des internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, RabelsZ 36 (1972), 421
- Kegel, Gerhard* Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1977
- Kirberger, Wolfgang* Staatsentlastung durch private Verbände, Baden-Baden 1978
- Kisseler, Marcel* Das Klagerecht der Verbände in der Bewährungsprobe, WRP 1977, 151
- Klaka* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15. 10. 1969, GRUR 1970, 190
- Klein, Hans* Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, 755
- Kleinfeller, G.* Der Begriff »Anspruch«, AcP 137 (1933), 129
- Knieper, Rolf* Motivunabhängige Klagebefugnis der Verbraucherverbände gemäß § 13 Abs. 1 a UWG, NJW 1971, 2251

- Knippel*, Siegmund Abzahlungsgeschäfte ohne Übergabe, NJW 1971, 1117
- Koch*, Eckart Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 10. 7. 1978, BB 1978, 1638
- Koch*, Eckart /
Stübing, Jürgen Allgemeine Geschäftsbedingungen (Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen) Neuwied/Darmstadt 1977
- Koch*, Harald Schutz vor unbilligen Geschäftsbedingungen, ZRP 1973, 89
- Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeß, Frankfurt 1976
- Kötz*, Hein Welche gesetzgeberische Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? (Dargestellt an Beispielen aus dem Kauf- und Werkvertrags- sowie dem Maklerrecht), Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages Bd. I (Gutachten), München 1974, A 1 ff.
- Klagen Privater im öffentlichen Interesse, in: Homburger, Adolf/Kötz, Hein, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, Frankfurt 1975
- Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, 785
- Krautzbberger*, Michael Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, Berlin 1971
- Krieger*, Albrecht Möglichkeiten einer Verstärkung des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, WRP 1978, 1
- Zum Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei irreführender Werbung, BB 1978, 625
- Kurbjuhn*, Matthias Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15. 10. 1969, NJW 1970, 604
- Lange*, Klaus-Jürgen Die Rechtsstellung der Interessenverbände, Diss. Würzburg 1966
- Langbeineken*, P. Der Urteilsanspruch, Leipzig 1899
- Larenz*, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975
- Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 1977
- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977
- Laufke*, Franz Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch das Bundeskartellamt, in: Festschrift für Heinz Paulick zum 65. Geburtstag, Köln-Marien-burg 1973, S. 121

- Lehmann, Heinrich* Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht (Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, 15. Bd., 1. Heft), München 1906
- Lehmann, Heinrich / Hübner, Heinz* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966
- Lebrmann, Georg* Die Klagebefugnis der Verbände im Wettbewerbsrecht, WRP 1972, 285
- Leinemann, Wolfgang* Der Begriff der Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, Marburg 1969
- Leisner, Walter* Werbefernsehen und öffentliches Recht, Berlin 1967
- Lindemeyer, Bernd / Henseler, Peter* Vom Schutz des Mitbewerbers zum Schutz des Bewerbers, WRP 1978, 87
- Leipold, Dieter* Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, München 1971
- Lent, Friedrich / Schwab, Karl-Heinz* Sachenrecht, 16. Aufl., München 1977
- Löwe, Walter* Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Aufgabe für den Gesetzgeber, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 373
- Verstärkter Schutz des Kunden vor unbilligen Geschäftsbedingungen durch Wettbewerb?, BB 1972, 185
- Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 10. 7. 1978, BB 1978, 1433
- Löwe, Walter / von Westphalen, Friedrich / Trinkner, Reinhold* Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977
- Löwisch, Manfred* Der Deliktsschutz relativer Rechte, Berlin 1970
- Lücke, Gerhard* Die Prozeßführungsbefugnis, ZZP 76 (1963), 1
- Martens, Joachim* Noch einmal: Wert und Unwert der Relations-technik, JuS 1974, 785
- Martens, Wolfgang* Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969
- Maunz, Theodor / Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz / Ulsamer, Gerhard* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München 1976
- Medicus, Dieter* Bürgerliches Recht, 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1978
- Mertens, Hans-Joachim* Kollektiver Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes, ZHR 139 (1975), 438

- Müller-Graf*, Peter-Christian Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1977, 245
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (hrsg. von Rebmann Kurt, und Säcker, Franz-Jürgen), Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1–240), AGB-Gesetz, München 1978
- Münzberg*, Wolfgang Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage, JZ 1967, 689
- von Mutius*, Albert Zulässigkeit der Verbandsklage, VerwArch. 64 (1973), 311
- Nastelski*, Karl Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GRUR 1969, 322
- Neumann-Duesberg*, Horst Ansprüche aus Urheberrechtsverletzungen, JZ 1955, 480
- Nikisch*, Arthur Zivilprozeßrecht, Tübingen 1950
- Okuda*, Masamichi Über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB, AcP 164 (1964), 536
- Ossenbühl*, Fritz Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29, 137
- Palandt*, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl., München 1978
- Pastor*, Wilhelm Der Unterlassungsanspruch gegen den Betriebsinhaber aus § 13 Abs. 3 UWG, NJW 1964, 896
- Die Wiederholungsgefahr beim wettbewerbliehen Unterlassungsanspruch, GRUR 1969, 331
- Verbraucherverbände im Sinne des § 13 Abs. 1 a UWG, GRUR 1969, 571
- Der Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1973
- Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1976
- Pawlowski*, Hans-Martin Bemerkungen zur Auslegung des AGB-Gesetzes BB 1978, 161
- Peetz*, Hans Günter Die materiellrechtliche Einordnung der Rechtsfolge und die materielle Rechtskraft der Sachentscheidung im Zivilprozeß, Köln/Berlin/Bonn/München 1976
- Peters*, Egbert Zur Rechtskraftlehre Zeuners, ZZZ 76 (1963), 229
- Peters*, Hans Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, München/Berlin 1965, S. 877
- Picker*, Eduard Der negatorische Beseitigungsanspruch, Bonn 1972
- Pinner*, Albert Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896, Berlin 1903

- Pleyer, Klemens* Die Einstandspflicht des Unternehmers für seine Mitarbeiter im Rahmen des § 1004 BGB, AcP 161 (1962), 500
- Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum, AcP 156 (1957), 291
- Prölss, Erich / Schmidt, Reimer / Sasse, Jürgen* Versicherungsaufsichtsgesetz, 8. Aufl., München 1978
- Prölss, Erich / Martin, Anton* Versicherungsvertragsgesetz, 20. Aufl., München 1975
- Raiser, Ludwig* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935 (unveränderter Nachdruck Tübingen 1961)
- Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465
- Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius-summa iniuria (Ringvorlesung der Mitglieder der Tübinger Juristenfakultät Wintersemester 1962/63), Tübingen 1963, S. 145
- Die Zukunft des Privatrechts, Berlin/New York 1971
- Redeker, Konrad* Verfahrensrechtliche Bedenken gegen die Verbandsklage, ZRP 1976, 163
- Rebbinder, Eckard* Argumente für die Verbandsklage im Umweltrecht, ZRP 1976, 157
- Rebbinder, Eckard/Burgbacher, Hans-Gerwin / Knieper, Rolf* Bürgerklage im Umweltrecht, Berlin 1972
- Rebbinder, Manfred* Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin 1972
- Rehfeldt, Bernhard* Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1966
- Reich, Norbert* UWG-Reform und Verbraucherschutz, ZRP 1978, 100
- Reich, Norbert/Tonner, Klaus* Rechtstheoretische und rechtspolitische Überlegungen zum Problem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 18. Jahr (1973), S. 213
- Reich, Norbert/Tonner, Klaus / Wegener, Hartmut* Verbraucher und Recht, Göttingen 1976
- Reimer, Eduard* Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., Köln/Berlin 1954
- Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. 3: Das wettbewerbliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht (bearbeitet von Pastor, Wilhelm) 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1971

- Reinhard*, Volker AGB-Reform: »Es bleibt also wie bisher«, DuR 1977, 246
- Rimmelspacher*, Bruno Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, Göttingen 1970
- Rinke*, Gerd Die Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Kontrolle und Registrierung, WuW 1974, 291
- Rosenberg*, Leo/*Schwab*, Karl-Heinz Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München 1977
- Rüthers*, Bernd Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zürich 1970
- Rupp*, Hans-Heinrich Popularklage im Umweltschutzrecht?, ZRP 1972, 32
- Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Überlegungen zur Problematik Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München 1975, S. 787
- Schapp*, Jan Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, Berlin 1977
- Schlosser*, Peter Verfahrenskontrolle unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen, ZRP 1975, 148
- Schlosser*, Peter / *Coester-Waltjen*, Dagmar / *Graba*, Hans-Ulrich Verbraucherschutz im Modellversuch, Bielefeld 1975
- Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977
- Schmidt*, Eike Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt 1973
- Schmidt-Salzer*, Joachim Allgemeine Geschäftsbedingungen – Bilanz und rechtspolitische Folgerungen, Berlin 1973
- Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 129
- Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., München 1977
- Schneider*, Tilmann Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 1974, 764
- Schönke*, Adolf Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold/Frankfurt a. M./Berlin 1950
- Scholz*, Rupert Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, Berlin 1971

- Schricker, Gerhard* Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, ZHR 139 (1975), 208
- Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes, RabelsZ 40 (1976), 535
- Schwab, Karl-Heinz* Rezension von Zeuner, Albrecht: Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, JZ 1959, 786
- Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, ZZP 77 (1964), 124
- Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozeßrechtswissenschaft, JuS 1976, 69
- Siber, Heinrich* Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903
- Sieg, Karl* Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf Justiz und Verwaltung im Bereich der Privatversicherung, VersR 1977, 489
- Simitis, Konstantin* Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip?, Baden-Baden 1976
- Simitis, Spiro* Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung, Karlsruhe 1970
- Sinaniotis, Lambros* Prozeßstandschaft und Rechtskraft, ZZP 79 (1966), 78
- Soergel, Hs. Th. / Siebert, W.* Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967 ff.
- Spindler, Hartmut* Die amerikanische Institution der class action als Mittel des Konsumentenschutzes – Kuriosum oder Vorbild, in: Gewerblicher Rechtsschutz – Urheberrecht – Wirtschaftsrecht, Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, S. 369
- Stein, Axel* Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin* Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., Tübingen 1964 ff. (bearb. von Pohle, Rudolf; Grunsky, Wolfgang; Leipold, Dieter; Münzberg, Wolfgang; Schlosser, Peter; Schumann, Ekkehard); 20. Aufl., Tübingen 1977 ff. (bearb. von Grunsky, Wolfgang; Leipold, Dieter; Münzberg, Wolfgang; Schlosser, Peter; Schumann, Ekkehard)
- Steindorff, Ernst* Gesetzgeberische Möglichkeiten zur verbesserten Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 138 (1974), 504

- Steiner, Udo* Der »beliehene Unternehmer« – VG Münster, NJW 1967, 171; JuS 1969, 69
- Öffentliche Verwaltung durch Private, Hamburg 1975
- Stephan, Bodo* Das Rechtsschutzbedürfnis, Berlin 1967
- Szente, Andreas* Prozeßmißbräuche und Rechtskraftfrage im Wettbewerbsrecht, MuW 1933, 547
- Tetzner, Heinrich* Das Gesetz zur Änderung des UWG, des WZG und des GebrMG vom 21. 7. 1965, NJW 1965, 1944
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans* Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., München 1977
- Tilmann, Winfried* Das AGB-Gesetz und die Einheit des Privatrechts, ZHR 142 (1978), 52
- Ule, Carl-Herrmann / Laubinger, Hans-Werner* Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeßrecht?, Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Bd. I (Gutachten), München 1978, B 1 ff.
- Ulmer, Peter* Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? (Dargestellt an Beispielen aus dem Kauf- und Werkvertrags- sowie dem Maklerrecht). Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Bd. II, München 1974, H 8 ff.
- Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Dieter* AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. Aufl., Köln 1978
- Ulrich, Gustav-Adolf* UWG-Novelle – eine Belastung für den Wettbewerb?, WRP 1978, 339
- Wassermann, Rudolf* Der soziale Zivilprozeß, Neuwied/Darmstadt 1978
- Wieser, Eberhard* Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, Bielefeld 1971
- Wilke, Dietrich* Zur Gründung von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen durch Letztverbraucher, GRUR 1969, 468
- Windscheid, Bernhard* Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856 (Neudruck Aalen 1969)
- Witzsch, Günter* Class Actions, JZ 1975, 277
- Wesel, Uwe* Zur Frage des materiellen Anspruchs bei Unterlassungsklagen, in: Festgabe für Ulrich von Lübtow, Berlin 1970, S. 787

- Wirth, Gerhard* Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände in § 13 I a UWG, Diss. Tübingen 1976
- Wolf, Manfred* Die Klagebefugnis der Verbände, Tübingen 1971
- Zur Zulässigkeit der Verbandsklage, BB 1971, 1293
- Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974, 41
- Wolff, Hans J.* Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), 3. Aufl., München 1970
- Zettel, Günther* Der Beibringungsgrundsatz, Berlin 1977
- Zeuner, Albrecht* Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959
- Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, Festschrift für Hans Dölle (Vom deutschen zum europäischen Recht), Bd. 1, Tübingen 1963, S. 295
- Zweiter Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz. Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Hrsg. Bundesminister der Justiz) Bonn 1975

A. Einleitung

Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)¹ enthält in seinem Dritten Abschnitt Vorschriften über eine neue privatrechtliche Verbandsklage. Danach können bestimmte Verbraucherverbände, gewerbliche Verbände und Industrie- und Handels- sowie Handwerkskammern gegen Verwender oder Empfehler unwirksamer AGB vorgehen. Die seit einigen Jahren lebhaft gewordene Diskussion um die Errichtung neuer oder Erweiterung bestehender Verbandsklagen hat damit nach der Einfügung der Verbraucherverbandsklage in § 13 Abs. 1 UWG² einen erneuten positivrechtlichen Niederschlag gefunden. Daß es sich dabei nicht um den Endpunkt einer sich abzeichnenden Entwicklungslinie handelt, zeigen der vorliegende Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des UWG³, der die Möglichkeit einer auf (kollektiven) Schadensersatz gerichteten Verbandsklage vorsieht⁴, sowie die Forderung nach einer ähnlichen Regelung im Kartellrecht⁵. Schließlich wird auch im Bereich des öffentlichen Rechts, vor allem für das Gebiet des Umweltschutzrechts, die Einführung einer Verbandsklage erörtert⁶.

Angesichts dieser zunehmenden Bedeutung der Verbandsklage gewinnt auch die Frage an Gewicht, wie sich eine getroffene Verbandsklageregelung in das System des geltenden Rechts einfügen läßt. Eine entsprechende Untersuchung der im Dritten Abschnitt des AGBG etablierten Verbandsklage ist Hauptgegenstand der vorliegenden Arbeit. Daß die dogmatische Einordnung

1 Vom 9. 12. 1976 (BGBl. I S. 3317).

2 Durch Gesetz vom 21. 7. 1965 (BGBl. I S. 625). – Dazu *Wirth*, Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände in § 13 I a UWG (Diss.).

3 Der Text des Entwurfes ist abgedruckt in WRP 1978, 31. – Zum Entwurf *Krieger*, WRP 1978, 1; BB 1978, 625; *Lindemeyer/Henseler*, WRP 1978, 87; *Ulrich*, WRP 1978, 339; ZRP 1978, 100.

4 Dies geht vor allem auf einen Vorschlag von *Mertens*, ZHR 139 (1975), 438, zurück; vgl. auch *Schricker*, ZHR 139 (1975), 208 (245 f.).

5 *Steindorff*, ZHR 138 (1974), 504 (556).

6 Dazu *Faber*, Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß; *Rehbinder/Burgbacher/Knieper*, Bürgerklage im Umweltrecht; v. *Mutius*, VerwArch. 64 (1973), 311; *Bartlsperger*, VVDStRL 33 (1975), 221 (259 ff.); *Rehbinder*, ZRP 1976, 157; *Redeker*, ZRP 1976, 163; *Ule/Laubinger*, Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentags, Bd. I (Gutachten), B 1 ff.

des geschaffenen Rechtsinstituts keineswegs eindeutig ist, ergibt schon ein erster Blick auf das Gesetz. An vorderster Stelle des mit »Verfahren« titulierten Dritten Abschnitts findet sich in § 13 die Behandlung von Ansprüchen auf Unterlassung und Widerruf, Regelungen also, die mit Verfahrensrecht im Sinne des Zivilprozesses nichts unmittelbar gemein haben, sondern herkömmlicherweise Gegenstand des materiellen Zivilrechts sind. Mag man dies noch für eine bloße Ungereimtheit in der Gesetzestitulatur halten, so zeigt eine nähere Betrachtung des § 13, daß es sich hier nach dem Gesetzeswortlaut um »Ansprüche« handeln soll, die von vornherein nur bestimmten Verbänden zustehen oder jedenfalls nur von diesen geltend gemacht werden können. Zudem ist ein eigenes Rechtsgut oder rechtlich anerkanntes Individualinteresse des Verbandes, das nach den tradierten Prinzipien des Zivilrechts die Grundlage derartiger Berechtigungen bildet, nicht ohne weiteres ersichtlich. Bezieht man die vom Gesetzgeber mit dem verfahrensrechtlichen Abschnitt verfolgten Intentionen ein, AGB einer eigenständigen Kontrolle zu unterwerfen, so wird klar, daß es nicht allein um die Regelung eines Klageverfahrens oder die Begründung von Ansprüchen im herkömmlichen Sinn geht. Vielmehr stellt sich von daher gesehen der Dritte Abschnitt des AGBG zunächst insgesamt als ein besonderes Kontrollverfahren für AGB dar.

Um zu ergründen, welche rechtlichen Strukturen diese Kontrolle von AGB aufweist, sind die materiellen und prozessualen Voraussetzungen einer auf §§ 13 ff. fußenden Klage sowie die Wirkungen einer ergehenden gerichtlichen Entscheidung zu untersuchen und dabei auch bereits konkrete Problemstellungen bei der Gesetzesanwendung aufzuzeigen. Erst nach einer solchen Erfassung des positiv Vorhandenen kann der Versuch unternommen werden, dieses zu werten und in bestehende Systeme einzugliedern. Im Anschluß daran soll das gefundene Ergebnis bei der Behandlung von Einzelfragen überprüft und verdeutlicht werden. Dieser Gang der Untersuchung rechtfertigt sich dadurch, daß die dogmatische Einordnung eines (neuen) Rechtsinstituts kein Selbstzweck ist, sondern der Aufgabe zu dienen hat, Strukturen und Funktionen von begrifflichen Gegebenheiten aufzuzeigen⁷, um dadurch auch die Lösung konkreter Probleme zu erleichtern⁸.

Der Arbeit vorangestellt ist eine Darstellung der in der rechtspolitischen Diskussion und im Gesetzgebungsverfahren erörterten Kontrollmodelle, wo-

7 Siehe dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 154 ff., 458 ff.

8 Insofern ist dem Einwand von *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., S. 268, zu widersprechen, der meint, die dogmatische Einordnung der Verbandsklage sei letztlich von geringem Interesse, da sich an den Sachproblemen nichts ändere. Eine dogmatische Klassifizierung kann und soll nicht Sachprobleme zum Wegfall bringen, sondern für deren Entscheidung Lösungsgesichtspunkte bieten.

bei im wesentlichen deren Grundprinzipien aufzuzeigen sind, um für die Untersuchung der getroffenen gesetzlichen Regelung bereits den Blick auf die dogmatischen Hintergründe und das vom Gesetzgeber verfolgte Regelungsanliegen zu eröffnen.

B. Grundstrukturen der in der Reformdiskussion erörterten verfahrensrechtlichen Modelle und der Gesetzentwürfe

I. Notwendigkeit einer verfahrensrechtlichen Regelung

1. DER MEINUNGSSTAND

Als zu Beginn dieses Jahrzehnts im Gefolge des politischen Reformklimas und der sich verstärkenden Forderung nach Verbraucherschutz der Ruf nach einer gesetzlichen Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen laut wurde, bestand in der rechtspolitischen Diskussion weitgehend Einigkeit darüber, daß materiellrechtliche Bestimmungen über AGB durch ein wirksames Kontrollverfahren ergänzt werden mußten. Auch die schließlich eingebrachten Gesetzesentwürfe der CDU/CSU¹ und der Bundesregierung² gingen von dieser Ansicht aus. Zwar enthielt der Regierungsentwurf keine Verfahrensbestimmungen³, doch wollte man lediglich erst noch genauer prüfen, welches der vorgeschlagenen Modelle vorzuziehen sei.

Nur vereinzelt wurden ergänzende verfahrensrechtliche Vorschriften für entbehrlich gehalten. Hierzu ist etwa die Stellungnahme von *Grunsky*⁴ zu rechnen, der bereits einer materiellen Inhaltskontrolle von AGB ablehnend gegenüberstand und sich eine Bewältigung des Problems über den Mechanismus des Wettbewerbs versprach. Daß diese Ansicht auf einer Überschätzung der Leistungsfähigkeit des Wettbewerbs mit Konditionen beruhte, läßt sich kaum abstreiten⁵. Zum einen handelt es sich bei AGB um Kautelarwerke, die das Verständnis des Laien häufig überfordern, zum anderen ergeben sich aber aus der Thematik von AGB erhebliche Zweifel. AGB regeln in erster Linie Störungen eines Vertragsverhältnisses. Läßt sich die Gewährung einer

1 BT-Drucks. 7/3200, S. 20.

2 BT-Drucks. 7/3919, S. 62.

3 Ebenso der vorangegangene Referentenentwurf beim Bundesminister der Justiz (Juni 1974), abgedruckt in DB 1974, Beilage Nr. 18.

4 BB 1971, 1113.

5 Ablehnend etwa *Löwe*, BB 1972, 185; *Kötz*, Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, A 1 (A 33 ff.); *Reich/Tonner*, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 18 (1973), 212 (232); *Rehbinder*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, S. 42.

langen Garantiefrist noch als Qualitätsbeweis des Produktes »verkaufen«, so ist der Inhalt anderer Klauseln zum Wettbewerb kaum noch geeignet. Eine Werbung mit dem Hinweis auf die Möglichkeit von Zwischenfällen bei der Vertragsabwicklung wird potentielle Kunden eher abschrecken, auch wenn die entsprechenden Bedingungen relativ günstig gehalten sind.

Mittelbar wurde die Notwendigkeit eines besonderen Kontrollverfahrens von denjenigen Stimmen⁶ geleugnet, die in der Änderung des Kartellrechts eine Lösungsmöglichkeit sahen und vorschlugen, durch Streichung von § 2 GWB das Kartellverbot des § 1 GWB auch auf Konditionenkartelle auszuweiten. Damit wären zwar die Eingriffsmöglichkeiten des GWB und insofern eine institutionalisierte Kontrolle eröffnet worden⁷, aber eben keine allgemeine Kontrolle von AGB, sondern nur von kartellrechtlich relevanten AGB-Tatbeständen erreicht worden.

Mit dieser »kartellrechtlichen Lösung« ist die Liste pointierter Stellungnahmen gegen die Notwendigkeit eines allgemeinen Kontrollsystems bereits weitgehend erschöpft. Selbst die meisten derjenigen Stimmen, die sich für eine normative (Neu-)Regelung der wichtigsten Vertragstypen bei gleichzeitigem Abbau der Dispositivnormen im BGB aussprachen⁸, glaubten auf ergänzende verfahrensrechtliche Bestimmungen nicht verzichten zu können⁹.

2. DIE ANGEFÜHRTEN GRÜNDE

Von den Befürwortern eines zusätzlichen Kontrollverfahrens wurde im wesentlichen angeführt¹⁰, daß die bisher bestehende Inzident-Überprüfung von AGB im Individualrechtsstreit nicht ausreichend sei. Diese könne nur durch den jeweiligen Vertragspartner des Verwenders erfolgen, der aber in der Regel kein Interesse habe, eine Musterentscheidung herbeizuführen, sondern nur persönliche Vermögensverluste vermeiden wolle. Zudem werde der Verbraucher häufig wegen des Kostenrisikos und der Verfahrensdauer von einem Rechtsstreit abgehalten. Eine gerichtliche Entscheidung entfalte wegen der subjektiven und objektiven Grenzen der Rechtskraft keine rechtliche Breitenwirkung; die faktische Wirkung oberinstanzlicher Urteile sei zu gering. Außerdem werde der Verwender nicht gehindert, die mißbilligten

6 *Rupp*, FS für Johannes Bärman, S. 786 (796); vgl. auch *Emmerich*, JuS 1972, 361 (369).

7 Allgemein zur bisherigen Kontrolle von AGB durch die Kartellbehörden *Laufke*, FS für Heinz Paulick, S. 121; *Rinck*, WuW 1974, 291.

8 *Kötz* (Fn. 5), A 99 f.; *Löwe*, FS für Karl Larenz, S. 373 (388 ff.); *Reich/Tonner* (Fn. 5), S. 244; *Emmerich*, JuS 1972, 361 (369).

9 *Löwe* (Fn. 8), S. 393; *Kötz* (Fn. 5), A 100; zumindest für eine Übergangszeit *Reich/Tonner* (Fn. 5), S. 245.

10 Vgl. etwa Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, S. 109 f.; Zweiter Teilbericht, S. 13; *Löwe* (Fn. 8), S. 383; *Kötz* (Fn. 5), A 53 ff.

Klauseln weiter zu verwenden und gegenüber unerfahrenen Kunden auch durchzusetzen.

Als ein wesentliches Kriterium dieser Begründung stellt sich zunächst das Problem der Breitenwirkung heraus, nämlich, daß AGB mit dem Anspruch massenweiser Geltung in Erscheinung treten und dies ein Kontrollinstrumentarium erfordert, das eine massenhafte Mißbilligung ermöglicht¹¹. Man mag geneigt sein, hier einen Zusammenhang mit der umstrittenen Frage des (Rechts-)Normcharakters¹² von AGB oder gar eine Bestätigung dieser These¹³ zu sehen. Wenn auch für die Vertreter der normativen Theorie die Forderung nach einer Kontrolle vom Vorverständnis her etwas näher liegt¹⁴, da die abstrakte Kontrolle von Rechtsnormen eine durchaus übliche Erscheinung ist¹⁵, so sind dennoch die Gründe für die Notwendigkeit einer verfahrensrechtlichen Regelung weitgehend unabhängig davon, wie man AGB qualifiziert. Dies wird schon dadurch deutlich, daß viele der angeführten Mißstände nicht rein AGB-spezifischer Natur sind, sondern allgemein die Situation des Privatrechts und dessen Durchsetzung betreffen. Der Hinweis auf die faktischen Barrieren des Privatrechtsschutzes (Kostenrisiko, Verfahrensdauer) ist hier ebenso anzuführen wie die Feststellung, daß häufig die Rechtsunkenntnis des Publikums die andere Seite zur faktischen Durchsetzung von Rechtspositionen verleitet, die nach materiellem Recht nicht bestehen.

Dieser Zustand läßt sich schlagwortartig als ein »Vollzugsdefizit des materiellen Privatrechts« bezeichnen. Die ideale Vorstellung vom »Kampf um's Recht«¹⁶, daß jeder einzelne die ihm von der Rechtsordnung gewährten oder anerkannten Rechte durchsetzt und so zu einer Bewährung des objektiven Rechts beiträgt, entspricht in manchen Bereichen nicht mehr voll der Wirklichkeit. Die Rechtsverfolgung durch betroffene Private als Mittel der Sanktionierung normwidrigen Verhaltens hat damit an Bedeutung verloren¹⁷. Die Gründe für diese Entwicklung sind vielschichtiger Art und nicht allein auf das Ungleichgewicht wirtschaftlicher Macht zwischen den Parteien

11 So Zweiter Teilbericht, S. 16.

12 Hierzu etwa in neuerer Zeit *Helm*, FS für Schnorr von Carolsfeld, S. 125; *Rehbinder*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, S. 15 ff., sowie die Darstellung bei *Schlosser*, AGBG, § 2 Rdn. 2 ff.

13 Vgl. etwa *Reich/Tonner* (Fn. 5), S. 243: »Mit einer Genehmigung werden AGB auch rechtlich zu Normen erklärt, ...« – Zum Zusammenhang zwischen einer verfahrensrechtlichen Regelung und dem (angeblichen) Normcharakter von AGB s. auch noch *Löwe* (Fn. 8), S. 395.

14 Vgl. *Herschel*, DR 1942, 753 (761); *Rehbinder* (Fn. 13), S. 15 Fn. 30.

15 Man denke etwa an die verfassungsrechtlichen Normenkontrollverfahren, an § 47 VwGO sowie an die Genehmigungspflicht gemeindlicher Satzungen, vor allem im übertragenen Wirkungskreis.

16 *Jhering*, Der Kampf um's Recht (1872).

17 *Kötz*, in: *Homburger/Kötz*, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, S. 69 ff.

zurückzuführen¹⁸, sondern auch auf strukturelle Gegebenheiten des materiellen Rechts und des Prozeßrechts. So führt – um wieder den Blick auf den Bereich der AGB zu lenken – die Beurteilung der Rechtslage anhand einer Generalklausel zu einer zusätzlichen Rechtsunsicherheit, ohne daß dem etwa die (strikten) Kostenvorschriften der ZPO Rechnung tragen würden¹⁹. Hinzu kommt, daß AGB bereits durch ihre äußere Erscheinungsform und den massenhaften Gebrauch den Eindruck einer Gültigkeit erwecken und deswegen der Mangel an individueller Rechtsdurchsetzung hier verstärkt und auf breiter Ebene auftritt.

Hielt man angesichts dieses Befundes die Notwendigkeit eines besonderen Kontrollverfahrens fast einhellig für gegeben, so gingen über dessen Ausgestaltung die Ansichten weit auseinander. Die Diskussion, die durch eine nahezu unübersehbare Fülle von Vorschlägen, Modellen und Beiträgen gekennzeichnet war²⁰, hatte drei Hauptproblemkreise zum Gegenstand: die Fragen nach dem Zeitpunkt der Kontrolle, nach der berufenen Kontrollinstanz sowie nach den Berechtigten zur Verfahrenseinleitung. Im folgenden werden die wichtigsten Modelle in ihren Grundzügen näher erläutert, die Gesetzentwürfe und das Gesetzgebungsverfahren im Anschluß daran dargestellt.

II. Einzelne Kontrollmodelle

1. GENEHMIGUNGSPFLICHT FÜR AGB

Der Vorschlag, AGB nur nach vorheriger Genehmigung zum Rechtsverkehr zuzulassen²¹, geht bereits auf *Ludwig Raiser*²² zurück und stand am Anfang der neueren Reformdiskussion. Danach sollte die Genehmigung zum Wirksamkeitserfordernis für AGB werden, eine nachträgliche gerichtliche Inzidentkontrolle jedoch nicht ausschließen. Als Genehmigungsbehörde wurde meist eine zu errichtende Bundesanstalt für Verbraucherschutz, teilweise auch das Bundeskartellamt²³ vorgeschlagen. Der wichtigste Vorteil

18 Vgl. dazu Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (*Gerlach*), vor § 13 ABGB Rdn. 3.

19 Dazu allgemein *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., vor § 91 Rdn. 5, § 91 Rdn. 14.

20 Vgl. dazu etwa die Übersichten im Ersten Teilbericht, S. 123 ff.; Zweiten Teilbericht, S. 95 f., sowie in den Kommentaren zum ABGB.

21 ASJ Südbayern, Entwurf eines Gesetzes über die Genehmigungspflicht von AGB, abgedruckt in ZRP 1972, 148; *Gudian*, ZRP 1972, 147; *von Hippel*, ZRP 1972, 110; *ders.*, BB 1973, 993; *ders.*, Verbraucherschutz, S. 71 ff.; *Großmann*, ZRP 1974, 99.

22 Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 104, allerdings beschränkt auf wirtschaftlich und sozial wichtige AGB.

23 *Großmann*, ZRP 1974, 99.

des Modells wurde darin gesehen, daß nur so eine lückenlose Kontrolle von AGB erreichbar sei. Ferner wies man darauf hin, daß das Konzept im geltenden Recht bereits Vorbilder, etwa im Bereich der Versicherungs- und Bausparbedingungen, hat.

Als Haupteinwand gegen diese Lösung wurden in erster Linie Praktikabilitäts Erwägungen ins Feld geführt²⁴. Die große Zahl von zu genehmigenden AGB erfordere einen ungeheueren Verwaltungsapparat, der zudem die Gefahr in sich berge, eine rasche Anpassung von AGB an neue wirtschaftliche und technische Bedingungen nicht gewährleisten zu können. Aus dogmatischer Sicht wurde das Modell in erster Linie von Löwe²⁵ angegriffen. Es habe die »völlige Loslösung vom Privatrecht« und den Gang ins Wirtschaftsverwaltungsrecht zur Folge, für die größte Anzahl von Verträgen werde damit der »Abschied vom BGB« endgültig vollzogen.

Nun ließe sich einwenden, daß der »Abschied vom BGB« eben schon durch die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung seit seiner Schaffung erfolgt sei²⁶ und dies durch jedes Modell bekräftigt werde, das eine inhaltliche Beschränkung von AGB vorsieht. Jedoch würde eine solch isolierte Betrachtung nur der materiellrechtlichen Seite der Problematik nicht voll gerecht, vielmehr muß auch die Verzahnung mit dem Verfahrensrecht beachtet werden. So gesehen hätte tatsächlich eine Genehmigungspflicht für Vertragsbestimmungen einen tiefen Eingriff in die rechtsgeschäftliche Regelung des BGB dargestellt – nicht wegen der inhaltlichen Beschränkbarkeit von AGB, sondern weil dadurch rechtsgeschäftliches Handeln in einem großen Umfang zu seiner Wirksamkeit einer vorangehenden behördlichen Gestattung bedurft hätte. Zudem wären vom Genehmigungsverfahren alle AGB und damit auch die inhaltlich zulässigen und – an sich – wirksamen AGB erfaßt worden²⁷. Auch kann vom Systematischen her ein Einbruch des öffentlichen Rechts in zentrale Bereiche des Zivilrechts beim Genehmigungsmodell wohl nicht leugnet werden.

Ein Vergleich mit den bestehenden gesetzlichen Genehmigungsverfahren für AGB zeigt, daß diese meist auf sachlich eng begrenzte Spezialbereiche beschränkt sind – nämlich im wesentlichen die Vertragsbedingungen der Bausparkassen²⁸, Kapitalanlagegesellschaften²⁹ sowie die Bedingungen für

24 Kötz (Fn. 5), A 96; Zweiter Teilbericht, S. 87; Löwe (Fn. 8), S. 397.

25 Löwe (Fn. 8), S. 397 ff.

26 So Löwe (Fn. 8), S. 396 selbst: »Der derzeit durch AGB fast lückenlos vollzogene »Abschied vom BGB«...«

27 Aus diesem Übermaß an Eingriff erklärt sich auch ein Teil der erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. dazu etwa Erster Teilbericht, S. 113), während dies für die Befürchtung einer »verdeckten Rechtssetzung« durch die Behörde wohl nur zutrifft, wenn die materiellen Kontrollmaßstäbe *allein* durch eine Generalklausel festgelegt worden wären.

28 §§ 5, 8, 9 BausparkassenG (BGBl. 1972 I S. 2097).

29 § 15 Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (BGBl. 1970 I S. 127).

hypothekarische Darlehen³⁰ und die Darlehensbedingungen für Schiffsbanken³¹ umfassen und häufig nur die Wahrung der spezifischen Zwecke der jeweiligen Gesetze sicherstellen wollen. Im verbleibenden »klassischen« Bereich der Genehmigungspflicht, nämlich der für die Versicherungsbedingungen (AVB), stellt deren Genehmigung nur einen Teilausschnitt der Gesamterlaubnis zum Geschäftsbetrieb, § 5 VAG, dar, deren Erteilung allerdings davon abhängt, ob in den AVB die Belange der Versicherten ausreichend gewahrt sind, § 8 Abs. 1 Nr. 2 VAG³².

Für nahezu alle der genannten Bereiche charakteristisch ist jedoch, daß sie Geschäfte mit besonderen Vertrauenselementen³³, mit langfristigen Vertragsbeziehungen und teils auch mit existentieller Bedeutung betreffen. Zwar können einzelne dieser Aspekte auch in den anderen von AGB beherrschten Gebieten gegeben sein, stellen aber keinesfalls die Regel dar, so daß die bestehenden Sondervorschriften nicht ohne weiteres den Gedanken der Übertragung der Genehmigungspflicht³⁴ auf alle Bereiche gerechtfertigt hätten.

Interessanterweise hat der Gesetzgeber gerade während der Entstehungsphase des AGBG den Weg einer mittelbaren AGB-Kontrolle im Rahmen eines gewerberechtlichen Zulassungs- oder Erlaubnisverfahrens bei zwei anderen Gesetzen gewählt. Das Heimgesetz³⁵ und das Fernunterrichtsschutzgesetz³⁶ sehen nämlich vor, daß im öffentlich-rechtlichen Erlaubnisverfahren auch der Inhalt vorzulegender Musterverträge in bestimmtem Umfang überprüft wird³⁷, wobei teilweise die zivilrechtliche Wirksamkeit mit der behördlichen Genehmigung verknüpft ist³⁸. Für diese Regelungsweise lassen sich jedoch ebenfalls spezifische Gründe anführen, so für das Heimgesetz die soziale und existentielle Bedeutung des Rechtsgeschäfts. Beim Fernunterrichtsschutzgesetz wird mit der Materie der (Weiter-)Bildung eine staatliche Aufgabe tangiert³⁹, zum anderen handelt es sich um längerfristige Verträge mit gewissen Vertrauenselementen, da die Beurteilung der angebotenen Leistung bei Vertragsschluß nur begrenzt möglich ist.

30 § 15 HypBankG (BGBl. 1963 I S. 81).

31 § 15 SchiffsbankenG (BGBl. 1963 I S. 301).

32 Zur Auslegung dieser Bestimmung *Prölss/Schmidt/Sasse*, VAG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 25, speziell zur Berücksichtigung des AGBG Vorbem. Rdn. 46.

33 Siehe dazu etwa die Begründung zum VAG 1901, abgedruckt bei *Prölss/Schmidt/Sasse*, VAG, 8. Aufl., Vorbem. Rdn. 33.

34 Die fehlende Genehmigung nach diesen Vorschriften hat zudem meist nicht die zivilrechtliche Unwirksamkeit zur Folge, vgl. zum VVG *Prölss/Martin*, VVG, 20. Aufl., Vorbem. I 6 a. – Siehe aber zum FernUSG unten bei Fn. 38.

35 Vom 7. 8. 1974 (BGBl. I S. 1873).

36 Vom 24. 8. 1976 (BGBl. I S. 2525).

37 Vgl. § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 FernUSG; § 6 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 HeimG.

38 § 7 FernUSG.

39 Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 7/4245, S. 11.

2. REGISTRIERUNGSPFLICHT FÜR AGB

Eine Kontrolle von AGB durch eine Pflicht zu deren Registrierung zu erreichen⁴⁰, erscheint gegenüber der Genehmigungspflicht zunächst als weniger weitgehender Weg. Jedoch hängen Umfang und Struktur dieser Konzeption entscheidend davon ab, welche Kontrollmechanismen mit dem Registrierungsverfahren verknüpft werden, denn dieses für sich genommen ermöglicht – auch wenn man die Nichtanmeldung als Ordnungswidrigkeit sanktioniert – noch keine unmittelbaren Maßnahmen gegen unzulässige AGB, sondern vermag zunächst nur für den Bereich der Rechtstatsachenforschung Bedeutung zu erlangen. Demgemäß gingen die entsprechenden Vorschläge davon aus, daß die fehlende Registrierung auch zivilrechtliche Auswirkung, nämlich die Unwirksamkeit von nicht registrierten AGB zur Folge haben müßte.

Für die weitere Frage nach der Ausgestaltung der eigentlichen Verwaltungskontrolle, mit der eine Bundesanstalt für Verbraucherschutz oder das Bundeskartellamt betraut werden sollte, bestanden zwei unterschiedliche Strömungen: Grobkontrolle bereits im Registrierungsverfahren oder nur nachträgliches behördliches Untersagungsverfahren, wobei allerdings auch eine Kombination beider Systeme vertreten wurde.

Das Modell der Grobkontrolle⁴¹ führte insofern den Präventivgedanken fort, als danach zur Registrierung angemeldete AGB einer groben Kontrolle auf »absolut unzulässige Klauseln« unterworfen werden sollten und sie bei Ablehnung der Registrierung zivilrechtlich keine Wirksamkeit hätten erlangen können. Es stand damit inhaltlich dem Genehmigungsmodell recht nahe, denn abgesehen von dem eingengten Prüfungsmaßstab stellt die Registrierung der nicht beanstandeten AGB nichts anderes als deren (stillschweigende) Genehmigung dar. Die Befürworter⁴² eines nachträglichen behördlichen Aufsichtsverfahrens konnten sich zwar kaum mehr auf eine Präventivwirkung berufen, waren aber auch nicht direkt den Bedenken gegen die offene oder verdeckte Genehmigungspflicht ausgesetzt. Es verblieben aber die Einwände der unmittelbaren Behördenbeteiligung bei der AGB-Kontrolle. Zum einen wurde wiederum auf den ungeheuren Verwal-

40 Etwa ASJ Hessen-Süd, ZRP 1970, 190; *Rehbinder* (Fn. 12), S. 39; *Ulmer*, Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Bd. II (Referat), H 8 ff. (35). – Für eine Registrierung auch *Löwe* (Fn. 8), S. 393 ff., aber nur zur Sicherstellung einer behördlichen Klagebefugnis in einem nachträglichen gerichtlichen Kontrollverfahren.

41 Das auch in der Arbeitsgruppe beim BJM intensiv erörtert wurde, Zweiter Teilbericht, S. 88, Erster Teilbericht, S. 114; vgl. auch *Ulmer* (Fn. 40), H 35.

42 Etwa Zweiter Teilbericht, S. 90.

tungsaufwand hingewiesen, zum andern aber auch die Einschaltung von Verwaltungsbehörden prinzipiell abgelehnt⁴³, vor allem wegen der Gefahr des Dirigismus staatlicher Behörden.

3. KOLLEKTIVE VEREINBARUNG VON AGB

Das Modell der kollektiven Vereinbarung von AGB⁴⁴ stand zwar nicht im unmittelbaren Brennpunkt der rechtspolitischen Diskussion, verdient aber wegen seines systematischen Ausgangspunktes hier Erwähnung. Nach ihm sollten die betroffenen Marktpartner, repräsentiert durch die Unternehmer- und Verbraucherverbände, das Recht erhalten, AGB durch kollektivrechtlichen Vertrag aufzustellen. Der Vorschlag weist damit Ähnlichkeit mit dem System der tarifvertraglichen Vereinbarung von Lohn- und Arbeitsbedingungen im Arbeitsrecht auf. Er besticht auf den ersten Blick durch den Gedanken, daß die betroffenen Kreise in einer gewissen Autonomie ihre Interessengegensätze selbst austragen können und dadurch auch eine Präventionswirkung erreicht würde. Zudem stellt eine Lösung auf kollektivrechtlicher Ebene einen Mittelweg zwischen der bisherigen reinen Individualkontrolle und der teils geforderten öffentlichen (Behörden-)Kontrolle dar.

Als Haupteinwand gegen die Realisierung des Modells wurde vorgebracht, daß derzeit keine repräsentative Organisation vorhanden sei, die zu einer unabhängigen Vertretung der Verbraucherinteressen in der Lage wäre. Die Arbeitnehmerorganisationen kämen nicht in Betracht, da die von ihnen wahrgenommenen Interessen mit den Verbraucherinteressen nicht unbedingt kongruent seien. Eine Organisation von Verbraucherinteressen bestehe bislang nur in einzelnen Teilbereichen, eine Weiterentwicklung könne zwar vom Staat gefördert, nicht aber durch ihn ersetzt werden.

Selbst bei einer genügenden Repräsentation der Verbraucher hätte dieses Modell jedoch einen weiteren Mangel aufgewiesen: Das Funktionieren einer kollektivrechtlichen Regelung setzt – ähnlich wie im Arbeitsrecht – das Vorhandensein gleichgewichtiger Kampfmittel beider Seiten voraus, will man nicht durch eine staatliche Zwangsschlichtung dem Autonomiegedanken vieles von seinem Inhalt nehmen. Auf seiten der Verbraucher käme hierfür wohl nur der Boykott in Betracht. Dieser bedarf aber zu seiner Durchschlagskraft einer gewissen Breitenwirkung, die wegen einer Überforderung der Konsumenten – man denke etwa an den gleichzeitigen Boykott meh-

43 Begründung zum CDU/CSU-Entwurf, BT-Drucks. 7/3200, S. 21; Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/3919, S. 54.

44 Dazu *Däubler*, in: *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*, S. 57 (63 ff.); Zweiter Teilbericht, S. 91; Erster Teilbericht, S. 118.

rerer Unternehmen – auch bei einer intensiven Verbraucheraufklärung kaum erreichbar wäre⁴⁵.

Kommt man nochmals auf den Einwand der fehlenden Repräsentation der Verbraucher zurück, so ist in der Tat festzustellen, daß die Organisation von Verbraucherinteressen⁴⁶ über einige Ansätze nicht hinausgekommen ist. So bestehen in der BRD zwar zahlreiche verbraucherorientierte Institutionen und Organisationen, die jedoch durchweg nicht von einer breiten Mitgliederschaft getragen sind⁴⁷ und mehr durch isolierte Maßnahmen auf die Verbraucher einwirken, so daß zumindest von einem Zusammenschluß der Verbraucher in der Basis nicht gesprochen werden kann. Soweit in Teilbereichen mitgliedsstarke Spezialverbände bestehen – wie etwa der ADAC –, verfolgen diese häufig Verbraucherschutz nur als sekundären Zweck. Wegen der geringen Mitgliederzahl lassen sich die typischen Verbände schlagwortartig als Organisationen für die Verbraucher⁴⁸, nicht aber als solche der Verbraucher kennzeichnen.

Ausgehend von der fehlenden Repräsentation der Verbraucherseite mag es allerdings überraschen, daß der Gesetzgeber bestimmten Verbraucherverbänden eine Klagebefugnis in § 13 AGBG eingeräumt hat. Dieser Gesichtspunkt wird bei der dogmatischen Einordnung noch näher zu würdigen sein.

4. AUFSTELLUNG VON MUSTER-AGB

Die Aufstellung von Musterbedingungen⁴⁹ hatte mit dem Vorschlag der kollektiven Vereinbarung von AGB insofern Gemeinsamkeit, als beide Modelle die Schaffung angemessener AGB bereits vor Einsetzen hoheitlicher Kontrolle durch ein Zusammenwirken der Marktpartner bezweckten. Das Modell wurde auch von der vom Bundesjustizminister eingesetzten Arbeits-

45 Skeptisch auch *Simitis*, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?, S. 213, 220, der deshalb mit der Organisation eines Boykotts eine Verbraucherschutzbehörde betrauen will; optimistischer *Däubler* (Fn. 44), S. 64. – Zur rechtlichen Zulässigkeit von Boykottaufrufen s. *Reich/Tonner/Wegener*, Verbraucher und Recht, S. 125 f. m. w. N.

46 Dazu von *Hippel*, Verbraucherschutz, S. 16 ff.; *Simitis* (Fn. 45), S. 211 ff.; *Reich/Tonner/Wegener* (Fn. 45), S. 221 ff.; *Reinhard*, DuR 1977, 253 ff.

47 Vgl. den Bericht der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik vom 18. 10. 1971, BT-Drucks. 6/2724, Anlage 2. – Zum Rollenkonflikt in der Person des »Verbrauchers« als einen der Gründe hierfür näher *Däubler* (Fn. 44), S. 64; *Simitis* (Fn. 45), S. 82, 147.

48 Zu Inhalt und Kritik dieses als »Informationsmodell« bezeichneten Systems *Simitis* (Fn. 45), S. 95, 97 ff.

49 *Brandner*, in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, S. 47 ff., 55; *ders.*, JZ 1973, 613 (617); Zweiter Teilbericht, S. 18 ff., 62 ff.; *Dietlein*, NJW 1974, 1065 (1069); *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, Verbraucherschutz im Modellversuch, S. 34 ff., 278 ff.

gruppe befürwortet und wird im folgenden anhand der von ihr aufgestellten Thesen erläutert.

Die Muster-AGB sollten in einem besonderen Verfahren durch Beschlußkammern aufgestellt werden, die eine Art Sachverständigenausschuß darstellen⁵⁰ und mit drei neutralen Personen sowie je einem Vertreter der Marktpartner besetzt sein sollten. Die aufgestellten Muster-AGB waren als »echte AGB« und nicht als Rechtsnormen konzipiert, die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung – wie sie teilweise⁵¹ gefordert wurde – war nicht vorgesehen.

Als Anreiz sollten die Muster-AGB in verschiedener Hinsicht privilegiert⁵² sein: materiellrechtlich durch eine Vermutung der Angemessenheit im Gegensatz zu den sonstigen AGB, verfahrensrechtlich durch ihren Ausschluß vom nachträglichen abstrakten gerichtlichen Kontrollverfahren. Eine Inzidentprüfung im Einzelprozeß war dagegen weiter zugelassen. Erhofft wurde von dem Modell eine Leitlinienfunktion für den Inhalt der einseitig aufgestellten AGB, eine wertvolle Auslegungshilfe für die Rechtsprechung sowie Ansätze für eine Weiterentwicklung des Zivilrechts in der Gesetzgebung.

Dem Vorschlag wurde entgegengehalten, er werde kaum praktische Bedeutung erlangen⁵³, biete zu wenig Garantien für die Angemessenheit der aufgestellten AGB⁵⁴ und besneide den Wettbewerb mit Konditionen. Hinzuzufügen ist dem das Bedenken, daß diese AGB eine Art »Zwitterstellung« zwischen dem Gesetzesrecht und den »einfachen« AGB eingenommen hätten und von einem wenig repräsentativen Gremium aufgestellt worden wären.

5. ABSTRAKTES GERICHTLICHES PRÜFUNGSVERFAHREN FÜR AGB

a) Allgemeines

Der Gedanke, wie bislang die Gerichte mit der unmittelbaren AGB-Kontrolle zu betrauen, dabei aber die bestehenden Kontrollmöglichkeiten verfahrensrechtlich zu erweitern, konnte schließlich in der rechtspolitischen

50 Deren Handeln weder Verwaltungstätigkeit noch richterliche Funktion sein sollte, während *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba* (Fn. 49) die Aufstellung durch ein Gericht vorsahen.

51 *Brandner* (Fn. 49), S. 56.

52 Dagegen einige Mitglieder der Arbeitsgruppe beim BJM, Zweiter Teilbericht, S. 67.

53 Stellungnahme des Bundesrats zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/3919, S. 55

54 *Ulmer* (Fn. 40), H 34; kritisch auch *Reich/Tonner/Wegener* (Fn. 45), S. 218.

Diskussion noch am ehesten eine Mehrheit⁵⁵ finden und hat sich letztlich auch im AGBG niedergeschlagen. Weitgehende Einigkeit bestand dabei im Ausgangspunkt, daß in einem solchen Verfahren AGB unmittelbar zum Gegenstand einer Klage gemacht werden müßten und damit losgelöst vom Einzelfall auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz zu überprüfen wären. Gerechtfertigt wurde diese Forderung mit dem Hinweis, daß AGB für eine Vielzahl von Verträgen aufgestellt sind und entsprechend auch eine von Einzelrechtsbeziehungen losgelöste Überprüfung möglich sein müsse. Der Vorschlag beschreitet damit einen Mittelweg zwischen dem rein präventiven System der Genehmigungspflicht und der bisherigen Einzelfallkontrolle, weil unwirksame AGB-Klauseln zwar in den Rechtsverkehr gelangen können, eine gerichtliche Überprüfung aber bereits vor einem konkreten Einzelkonflikt möglich ist.

Da der verfahrensrechtliche Teil des AGBG weitgehend auf diesen Gedanken aufbaut und seine Darstellung dem nächsten Abschnitt der Arbeit vorbehalten ist, werden im folgenden nur einige der rechtspolitischen Aspekte hervorgehoben, die nicht unmittelbar Eingang in das Gesetz gefunden haben.

b) Übernahme der »class action«

Der von *Schlosser* seinem experimentellen Modellversuch⁵⁶ zugrunde gelegte Entwurf⁵⁷ enthielt als Gegenstand des Aufsichtsverfahrens »die Frage, ob die vom Antragsteller beanstandeten Bestimmungen in AGB Gegenstand vertraglicher Bezugnahme werden können«. Antragsberechtigt sollten ein Verbraucherbeauftragter, Vereine und Verbände sowie ein Zusammenschluß von 50 volljährigen Personen sein. Auf eine (feststellende) Entscheidung sollte sich jeder Vertragspartner des Verwenders berufen können. In erster Linie bemerkenswert ist aber der vorgesehene Entscheidungsinhalt bei einer Branchenbeanstandung⁵⁸. Danach war das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen zu dem Ausspruch im Urteil berechtigt, daß allgemein für zu bestimmende Arten von Verträgen die Verweisung auf die beanstandeten AGB unwirksam ist. Dies hätte eine Ausdehnung des Entscheidungsinhalts auch auf andere (Parallel-)Verwender bedeutet, die durch einen öffentlichen Aufruf zu benachrichtigen waren und vom Gericht nach seinem Ermessen beigeladen werden konnten.

55 Etwa Zweiter Teilbericht, S. 23 ff., 33 ff.; *Ulmer* (Fn. 40), H 33; *Dietlein*, NJW 1974, 1064 (1067 ff.); *Hohmann*, JZ 1975, 590 (592 ff.); *Wolf*, JZ 1974, 41 (44 ff.); *Koch*, ZRP 1973, 89; *Löwe* (Fn. 8), S. 3, 93 ff.

56 *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba* (Fn. 49).

57 Dieser ging auf Zwischenergebnisse der Arbeitsgruppe beim BJM zurück, *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba* (Fn. 49), S. 11.

58 § 27 des Entwurfs.

Damit wären wesentliche Elemente der amerikanischen »class action« in das deutsche Recht übernommen worden⁵⁹. Dieses in Rule 23 der Federal Rules of Civil Procedure⁶⁰ normierte Rechtsinstitut besagt, daß einer oder mehrere aus einer class (gleichartig Betroffene) als Repräsentanten der class stellvertretend für alle klagen oder verklagt werden können, wenn (1) die class so zahlreich ist, daß eine Streitgenossenschaft nicht praktikabel wäre, (2) tatsächliche oder Rechtsfragen die Mitglieder der class gemeinsam betreffen, (3) die Ansprüche oder Einwände der Repräsentanten typisch für solche der class sind und (4) die Repräsentanten die Interessen der class gerecht und angemessen vertreten. Die ergehende Entscheidung bindet alle diejenigen, die das Gericht als Mitglieder der class ansieht und die nicht den Ausschluß aus dem Verfahren beantragt haben.

Eine Abweichung von diesem Rechtsinstitut besteht allerdings insofern, als dort gerade auch ein einzelner die Klage erhebt, um damit Rechtsbeeinträchtigungen der ganzen Gruppe geltend zu machen, während das *Schlossersche* Konzept die Klagebefugnis nur organisierten Einheiten der betroffenen Gruppe (Verbänden) oder einem Zusammenschluß von Gruppenmitgliedern gewährte, damit also auch Elemente der Verbandsklage enthielt. Es ist nämlich gerade das Charakteristikum der »class action« und unterscheidet sie von der Verbandsklage⁶¹, daß ein einzelner für viele Betroffene die Klage erhebt, ohne daß diese sich vorher zu einem Verband zusammengeschlossen haben.

Allgemein ist darauf hinzuweisen, daß die »class action« ihre hauptsächliche Bedeutung im Bereich der Bürgerrechtsklagen⁶² hat und ihre Anwendung auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes nur vereinzelt erfolgt, und zwar verstärkt diskutiert⁶³ wird, aber namentlich zur AGB-Kontrolle kaum erprobt ist. Zudem liegt die typische Konstellation der »class action« in einer Vielzahl von Betroffenen auf der Klägerseite, während beklagt meist nur ein einzelner oder eine kleine Zahl von Normverletzern ist, wogegen im Bereich der AGB-Kontrolle die Massenproblematik auch auf der Passivseite auftritt, da die Zahl der Verwender oft keine kleine, abgrenzbare Gruppe mehr ausmacht. Neben diesen Punkten, die mehr den Mangel praktischer

59 Dazu Zweiter Teilbericht, S. 49 f.; *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba* (Fn. 49), S. 270; *Schlosser*, ZRP 1975, 148 (150). – Allgemein zur »class action« *Koch*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeß; *Gottwald*, ZZP 91 (1978), 1; *Kötz*, in: *Homburger/Kötz*, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, S. 78 ff.; *Spindler*, Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer, S. 369; *Simitis* (Fn. 45), S. 241 ff.; *Mertens*, ZHR 139 (1975), 438 (468 ff.); *Witzsch*, JZ 1975, 277.

60 Abgedruckt bei *Kötz* (Fn. 59), S. 118 ff.; deutsche Übersetzung bei *Koch* (Fn. 59), S. 112 ff.

61 Zur Abgrenzung von »class action« und Verbandsklage s. auch *Kötz* (Fn. 59), S. 78.

62 *Koch* (Fn. 59), S. 47; *Gottwald*, ZZP 91 (1978), 1 f.

63 *Kötz* (Fn. 59), S. 82 Fn. 27 m. w. N.

Erfahrungswerte über die »class action« als Mittel zur AGB-Kontrolle betreffen, werden allgemein gegen die Rezeption der »class action« zwei Haupteinwände erhoben.

Der erste resultiert aus den Prinzipien des deutschen Kosten- und Anwaltsrechts⁶⁴. In der Tat gewinnt die »class action« einen Großteil ihrer Effizienz aus den Besonderheiten des amerikanischen Kostenrechts, vor allem der Möglichkeit des Erfolgshonorars⁶⁵ des Anwalts, der die eigentliche »Partei« des Verfahrens ist, und der fehlenden Erstattungspflicht für die gegnerischen Anwaltskosten auch im Fall des Unterliegens. Nun sind freilich die angesprochenen Prinzipien des deutschen Anwalts- und Kostenrechts nicht unwandelbar und bilden damit letztlich kein durchschlagendes Argument, zumal von der »class action« als verfahrensrechtlichem Institut zur Abwicklung eines Falles mit einer Vielzahl gleichförmig Geschädigter durchaus eine gewisse Faszination ausgeht.

Der zweite und gewichtigere Einwand hat verfassungsrechtliche Bedenken zum Gegenstand und betrifft vor allem die Erstreckung der Entscheidungswirkung auf sämtliche Gruppenmitglieder. Die in erster Linie aus Art. 103 Abs. 1 GG herrührenden Zweifel beziehen sich dabei nicht nur auf die Bindung der dem Verfahren formell nicht beigetretenen Gruppenmitglieder, sondern auch auf die beteiligten Gruppenangehörigen, die im Grunde aber der Prozeßführung des Repräsentanten der Gruppe unterstellt sind. Die Bedenken aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs waren schließlich auch bei der Ablehnung der »class action« für die AGB-Kontrolle ausschlaggebend. Zwar fehlte es nicht am Versuch einer teleologischen Reduktion des Art. 103 Abs. 1 GG, daß das Grundgesetz ein gerichtliches Sammelverfahren dann nicht verbiete, wenn sich ein Schutz vor ungesetzlichen Handlungen nicht oder nur deutlich unvollkommen organisieren lasse⁶⁶. Aber damit war man letztlich wieder bei den anderen zur Diskussion stehenden Kontrollmodellen angelangt, deren Effizienz sich nicht von vorneherein abstreiten ließ, wie etwa die Gewährung von Klagerechten für Verbraucherschutzbehörden.

c) Beteiligung von Verbraucherschutzbehörden oder eines Verbraucherbeauftragten

Mit der Ablehnung einer unmittelbaren Verwaltungskontrolle von AGB war nämlich die Frage noch nicht entschieden, ob bestehenden oder zu er-

64 Kötz (Fn. 59), S. 84 ff.; vgl. ferner Gottwald, ZVP 91 (1978), 24 ff.; Koch (Fn. 59), S. 95 f.

65 Das zudem häufig aus den erstrittenen Schadensersatzbeträgen geleistet wird, Kötz (Fn. 59), S. 85.

66 Mindermeinung im Zweiten Teilbericht, S. 50. – Für Verfassungsmäßigkeit der Rechtskraftbindung bei einer auf Schadensersatz gerichteten »class action« Gottwald, ZVP 91 (1978) 19 ff., jedenfalls für Schadensersatzansprüche, die der Gesetzgeber Privaten im öffentlichen Interesse verleiht.

richtenden Behörden nicht wenigstens eine Berechtigung zur Einleitung eines gerichtlichen Prüfungsverfahrens gegeben werden sollte. Eine solche Beteiligung ist auch von der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz befürwortet worden⁶⁷. Sie wurde zumeist begründet mit der Notwendigkeit einer ergänzenden Funktion neben dem Klagerecht für die Verbände, bei denen bezweifelt wurde, ob sie angesichts ihrer finanziellen und organisatorischen Situation die ihnen zugedachte Aufgabe voll ausschöpfen könnten. Eine Behördenbeteiligung im Rahmen der Justizlösung wäre schließlich auch damit zu rechtfertigen gewesen, daß das abstrakte Prüfungsverfahren nicht rein dem Individualrechtsschutz dient.

Die Einwände gegen eine behördliche Klagebefugnis waren – ähnlich wie schon bei der unmittelbaren Verwaltungskontrolle – prinzipieller Natur. Man⁶⁸ befürchtete auch bei dieser abgestuften Form nicht zu übersehende Auswirkungen für die freiheitliche Rechtsordnung und die Wirtschaftsverfassung und glaubte, daß ein Weg zur Ausweitung der Befugnis bis hin zur vorherigen Genehmigung eröffnet werde. Die Vorwürfe sind in dieser Pauschalität jedoch als überzogen zu erachten. Sie lassen sich zwar auf den Gedanken reduzieren, erst dann auf die Gewährung behördlicher Befugnisse zurückzugreifen, wenn ein effektiver Schutz der Betroffenen durch deren Organisationen nicht erreicht werden kann. Aber das hängt im Grunde von der Prognose ab, wie die Schlagkraft einer privaten (Verbands-)Klagebefugnis einzuschätzen war und ist, nicht jedoch vom Grundsatz einer freiheitlichen Privatrechtsordnung, der im Bereich der AGB gerade die Mißstände ermöglichte, deren Beseitigung das Anliegen der Reform war. Letztlich dürfte freilich der mit der Errichtung oder Erweiterung einer Behörde verbundene finanzielle Aufwand den Ausschlag für die Ablehnung gegeben haben.

Im Bereich der Behördenbeteiligung ist auch die Erwägung anzusiedeln, durch Einführung der Institution eines Verbraucherbeauftragten⁶⁹ die hoheitliche Aufsicht gewissermaßen zu personalisieren. Der Vorschlag hatte die schwedische Konzeption des Verbraucherombudsmannes zum Vorbild, dem dort zur Kontrolle der Werbung und der Vertragsgestaltung u. a. das Recht

67 Zweiter Teilbericht, S. 39 ff., 80 ff.; *Kötz*, Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Bd. I (Gutachten), A 1 ff. (A 87); *Hohmann*, JZ 1975, 593; *Simitis* (Fn. 45), S. 288. – *Löwe* (Fn. 8), S. 394, und *Wolf*, JZ 1974, 44, wollten ausschließlich einer Behörde die Klagebefugnis zubilligen.

68 Entwurf der CDU/CSU, BT-Drucks. 7/3200, S. 21; Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 7/3919, S. 54.

69 *Däubler* (Fn. 44), S. 60; *Carsten*, WuW 1973, 667; vgl. ferner *Kötz* (Fn. 67), A 88 ff.; *Reich/Tonner* (Fn. 5), S. 242; *Dietlein*, NJW 1974, 1070; Erster Teilbericht, S. 119. – Außerhalb des AGB-Problems zu diesem Gedanken *Hahnenfeld*, ZRP 1973, 60.

zusteht, beim Marktgerichtshof das Verbot unlauterer Verhaltensformen zu beantragen oder in Fällen geringerer Bedeutung auch selbst Verbotsverfügungen zu erlassen. Der Einsatz des Ombudsmannes im Bereich der AGB-Kontrolle stellt damit auch in den klassischen Ländern eine Neuerung dar, da seine herkömmliche Funktion in einer (ergänzenden) Kontrolle der Exekutive liegt⁷⁰ und eine Verbesserung des Verhältnisses Bürger – Staat bezweckt.

Dem System des Verbraucherombudsmannes zur AGB-Kontrolle war gegenüber einer reinen Behördenlösung sicher ein Minus an Verwaltungsaufwand und Bürokratie zuzubilligen ebenso wie eine verstärkte Problemerkennung auf dem Verhandlungsweg. Für eine Übertragung auf deutsche Verhältnisse blieb aber – abgesehen von den Fragen der verfassungsrechtlichen Institutionalisierung⁷¹ – fraglich, ob damit eine genügend breite Kontrolle hätte erreicht werden können.

III. Die Gesetzentwürfe und das Gesetzgebungsverfahren

1. DER GESETZENTWURF DER CDU/CSU-FRAKTION⁷²

Der Entwurf ging von dem Modell der nachträglichen AGB-Kontrolle durch die Gerichte aus und sah eine Verbesserung des Schutzes vor AGB auf verfahrensrechtlichem Gebiet durch die Gewährung einer Unterlassungsklage vor, aufbauend auf dem Vorbild bestehender gesetzlicher Regelungen wie etwa § 13 UWG, § 35 GWB, § 12 RabattG⁷³. Diese Konzeption wurde letztlich auch zur Grundlage der nunmehrigen gesetzlichen Regelung, so daß vor allem die davon abweichenden Teile des CDU/CSU-Entwurfs hervorgehoben werden sollen.

Danach ist zunächst erwähnenswert, daß der Unterlassungsanspruch – ein Widerrufsanspruch war nicht vorgesehen – neben den Verbänden auch dem »anderen Vertragsteil« des Verwenders zugebilligt wurde (§ 26 des Entwurfs). Erläutert wurde dies mit dem Hinweis, der Anspruch auf Unterlassung solle von jedem geltend gemacht werden können, der durch eine unwirksame AGB-Bestimmung in seinen Rechten betroffen ist⁷⁴. Eine Einschränkung der Klagebefugnis gegenüber dem AGB-Gesetz findet sich dagegen bei der Verbandsklage, wo die Prozeßführung durch die Verbände von der Erteilung einer allgemeinen Erlaubnis durch die zuständige oberste

70 Dazu *Hahnenfeld*, ZRP 1973, 60.

71 Zu möglichen Gestaltungen *Dietlein*, NJW 1974, 1070.

72 BT-Drucks. 7/3200.

73 BT-Drucks. 7/3200, S. 20.

74 BT-Drucks. 7/3200, S. 22.

Landesbehörde abhängig gemacht werden sollte⁷⁵. Als Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung waren Zuverlässigkeit, Sachkunde und überregionale Tätigkeit des Verbandes vorgesehen. Begründet wurde dies damit, daß den Verbänden die finanzielle Ausstattung zur Prozeßführung meist aus öffentlichen Haushaltsmitteln zufließen werde und daher sichergestellt sein müsse, daß Klagebefugnis und öffentliche finanzielle Förderung nur bei wenigen Verbänden zusammentreffen⁷⁶. Eine derartige Verknüpfung von öffentlicher Förderung und Klagebefugnis überrascht deswegen, weil gerade im CDU/CSU-Entwurf jegliche Behördenbeteiligung abgelehnt wurde, bei der vorgeschlagenen Regelung eine staatliche Einflußnahme auf den Kreis der klagebefugten Verbände nicht ausgeschlossen werden kann. Zudem wurde auf die Inkonsequenz hingewiesen, zwar jedem Vertragspartner des Verwenders die Klage zu gestatten, bei den Verbänden dagegen derart erhöhte Anforderungen zu stellen⁷⁷.

Beachtung verdient ferner die in § 28 des Entwurfs vorgesehene Prozeßstandschaft der Verbände für (Individual-)Ansprüche ihrer Mitglieder. Voraussetzung hierfür war die schriftliche Ermächtigung im Einzelfall sowie die Entscheidungserheblichkeit von unwirksamen AGB für den Anspruch. Mit dieser Vorschrift sollte dem besonderen Verhältnis zwischen dem Verband und seinen Mitgliedern Rechnung getragen werden und zugleich auch ein Anreiz zur Stärkung der Verbände geschaffen werden⁷⁸. Eine behördliche Zulassung des Verbandes war für diese Klagen nicht vorgesehen. Gegen eine derartige Beteiligung der Verbände im Individualrechtsstreit wurde rechtspolitisch der Einwand⁷⁹ erhoben, die Verbände sollten allgemein die Verbraucherinteressen wahrnehmen und nicht konkrete Einzelinteressen verfolgen.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der CDU/CSU-Entwurf verstärkt individualrechtliche Aspekte betonte, durch die Unterlassungsklageberechtigung für jeden Vertragspartner sich im Grunde aber einer Popularklage näherte. Hatte man außerdem gerade einen Mangel privater Klageinitiative schon bei der Durchsetzung eigener Rechte festgestellt, so war es kaum angängig, bei der weitgehend uneigennützigen Unterlassungsklage auf eine solche zu vertrauen. Ferner wurde der Entwurf wegen der Restrik-

75 Vgl. jetzt auch den Referentenentwurf zur Änderung des UWG (oben A Fn. 3), wo die Unterlassungsklagebefugnis des Verbandes von einer Eintragung in ein bei der Aufsichtsbehörde geführtes Register abhängig gemacht wird und die vorgesehene Schadensersatzklageberechtigung eine zusätzliche Erlaubniserteilung erfordert, § 13 Abs. 4, § 13 c Abs. 1 UWG in der Fassung des Entwurfes.

76 BT-Drucks. 7/3200, S. 22.

77 *Hohmann*, JZ 1975, 590 (593).

78 BT-Drucks. 7/3200, S. 22.

79 *Hohmann*, JZ 1975, 590 (595).

tionen bei der Klagebefugnis der Verbände und der abgelehnten Rechtskrafterstreckung als zu wenig effektiv angesehen⁸⁰.

2. DER GESETZENTWURF DER BUNDESREGIERUNG⁸¹

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung enthielt – wie bereits erwähnt – zunächst noch keinen verfahrensrechtlichen Teil, da die Ergebnisse der rechtspolitischen Diskussion erst eingehender geprüft werden sollten. Die Ausarbeitung eines entsprechenden Entwurfs wurde im folgenden, wohl wegen des zeitlichen Drucks, fallengelassen, doch dürften sich die Vorstellungen der Bundesregierung weitgehend in den Änderungsanträgen der SPD/FDP-Fraktion im Rechtsausschuß widerspiegeln, die im folgenden mit dargestellt werden.

3. DAS GESETZGEBungsverfahren

Angesichts der nahezu unübersehbaren rechtspolitischen Diskussion und der Fülle der daraus hervorgegangenen Vorschläge mag es noch als verständlich angesehen werden, daß der Rechtsausschuß sich in seinen Beratungen⁸² von vornherein auf das abstrakte gerichtliche Prüfungsmodell beschränkte, doch überrascht, daß viele Teile der ebenfalls auf diesem Konzept beruhenden Vorschläge der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz überhaupt nicht in die Erörterung einbezogen wurden, wie etwa die Frage der Klagebefugnis für Behörden, der Kombination mit einem Musteraufstellungsverfahren, der Erleichterung von einstweiligen Verfügungen u. a.⁸³.

Sachlich wurde für die Einführung einer Unterlassungsklage wieder auf die Parallele in § 13 UWG hingewiesen, der (neu aufgenommene) Widerrufsanspruch sollte eine Eliminierung unzulässiger AGB bereits vor deren Verwendung bezwecken⁸⁴. Einstimmig abgelehnt wurde die Klagebefugnis des einzelnen Vertragspartners wegen der Gefahren von Querulantenprozessen⁸⁵ und der hinreichenden Möglichkeit des Rechtsschutzes im Indivi-

⁸⁰ *Hohmann*, JZ 1975, 590 (595).

⁸¹ BT-Drucks. 7/3919.

⁸² Die Erörterungen zum Verfahrensrecht sind in den Stenographischen Protokollen der 97., 99. und 100. Sitzung des Rechtsausschusses (7. Wahlperiode) enthalten.

⁸³ Bezeichnenderweise wird die Tätigkeit der Arbeitsgruppe bei den verfahrensrechtlichen Beratungen des Rechtsausschusses nur einmal erwähnt, nämlich durch den Abg. *Kleinert* (FDP), nach dessen Auffassung die Kommission den erheblichen Mangel gehabt habe, daß von ihren 15 Mitgliedern 13 aus dem Bereich der Ministerialbürokratie und der Professoren gekommen seien (Stenogr. Prot. der 97. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 82).

⁸⁴ BT-Drucks. 7/5422 (Bericht des Rechtsausschusses), S. 10.

⁸⁵ Abg. *Thürk* (CDU/CSU), Stenogr. Prot. der 99. Sitzung, S. 39.

dualprozeß⁸⁶. Daneben dürfte auch der Einwand der fehlenden Repräsentation⁸⁷ für eine solche Klage entscheidend gewesen sein.

Die weitere zentrale Frage der Rechtskrafterstreckung (§ 21 AGBG) wurde schließlich im Rechtsausschuß in der Form der Einredelösung einstimmig beschlossen, obwohl diese im CDU/CSU-Entwurf⁸⁸ und in der Stellungnahme der Bundesregierung⁸⁹ abgelehnt worden war. Der Bundesrat dagegen hielt an seinen dogmatischen und praktischen Bedenken fest⁹⁰, konnte sich damit im von ihm angerufenen Vermittlungsausschuß aber nicht durchsetzen.

Bis zuletzt umstritten war schließlich auch die Frage der erstinstanzlichen Zuständigkeit. Die vom Rechtsausschuß und Bundestag beschlossene Zuständigkeit des OLG⁹¹ konnte sich in dem vom Bundesrat angerufenen⁹² Vermittlungsausschuß nicht durchsetzen. Diese hätte an sich eine besondere Hervorhebung des abstrakten Prüfungsverfahrens bedeutet und eine größere faktische Breitenwirkung für sich gehabt⁹³. Ihre Ablehnung durch den Bundesrat beruhte in erster Linie auf den damit verbundenen Eingriffen in den bestehenden Gerichtsaufbau und Rechtszug (bislang grundsätzlich keine erstinstanzliche OLG-Zuständigkeit, Wegfall der Berufungsinstantz).

Allgemein betrachtet ist gegen die Behandlung des verfahrensrechtlichen Teils des AGBG in den Gesetzgebungsorganen nicht zu Unrecht der Vorwurf eines »übereilten Handelns« erhoben worden⁹⁴, der unter anderem durch die fehlende Harmonisierung zwischen den verfahrens- und materiellrechtlichen Vorschriften des Gesetzes belegt wird⁹⁵. Insgesamt gesehen wird dem Gesetzgeber zwar zugute gehalten, sich bei dem geschaffenen Kontrollverfahren um eine im wesentlichen systemkonforme Regelung bemüht zu ha-

86 BT-Drucks. 7/5422 (Bericht des Rechtsausschusses), S. 10.

87 Dies wurde von der Bundesregierung bereits in BT-Drucks. 7/3919, S. 63, vorgebracht.

88 BT-Drucks. 7/3200, S. 22.

89 BT-Drucks. 7/3919, S. 63.

90 BT-Drucks. 7/5617 (Anrufung des Vermittlungsausschusses), S. 4, ebenso in BT-Drucks. 7/3919, S. 55.

91 Eine solche wurde auch von der Arbeitsgruppe beim BJM befürwortet, Zweiter Teilbericht, S. 44 f.

92 BT-Drucks. 7/5617.

93 Auch könnte man hier wiederum einen Zusammenhang mit einem »Normenkontrollverfahren« (diesen Ausdruck gebraucht auch These 1 des Zweiten Teilberichts, S. 23) sehen, siehe dazu oben bereits unter B I 2. – Bemerkenswerterweise lehnte der Bundesrat (BT-Drucks. 7/5617, S. 3) eine OLG-Zuständigkeit auch wegen der fehlenden Rechtsnormqualität von AGB ab.

94 Ulmer/Hensen, AGBG, 3. Aufl., Einf. vor § 13 Rdn. 17; Schlosser, AGBG, § 13 Rdn. 1. – Auch die Bundesregierung hatte in BT-Drucks. 7/3919, S. 63, noch vor einer übereilten Behandlung gewarnt.

95 Löwe, AGBG, Vorbem. §§ 13–22 Rdn. 9. – Dazu näher unter C I 2.

ben⁹⁶. Ein Rückblick auf die dargestellte Entstehung des Dritten Abschnitts des AGBG bestätigt dies zunächst nur insofern, als eine Kontrolle durch Verwaltungsbehörden oder durch Regelungen mit kollektivrechtlichem Einschlag abgelehnt worden ist. Ob eine privatrechtlich ausgestaltete Kontrolle in zivil- und zivilprozessualen Formen wirklich mit den wesentlichen Grundprinzipien des bestehenden Zivil- und Zivilprozeßrechts übereinstimmt, bleibt dagegen noch offen.

96 Löwe, AGBG, Vorbem. §§ 13–22 Rdn. 23.

C. Die Voraussetzungen der Verbandsklage nach § 13 AGBG

I. Materielle Voraussetzungen der Unterlassungs- und Widerrufsverpflichtung

1. ALLGEMEINES

Die in § 13 festgelegte Unterlassungs- und Widerrufsregelung verfolgt den Zweck, den Rechtsverkehr von unzulässigen AGB-Klauseln freizuhalten. Schutzobjekt ist nach der gesetzgeberischen Vorstellung »nicht der einzelne Kunde, sondern der Rechtsverkehr, sowie der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der sich nicht in der bloßen Abschlußfreiheit erschöpfen soll«¹. Der Schutz des verfahrensrechtlichen Abschnittes ist damit nicht vollkommen identisch mit dem des sachlichrechtlichen Teils, als dessen Ziel neben der Wahrung der Vertragsfreiheit auch und an erster Stelle der Schutz der Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr, insbesondere der Letztverbraucher, vor unangemessenen AGB genannt wird². Natürlich kommt die verfahrensrechtliche Regelung des AGBG letztlich auch dem einzelnen Verbraucher zugute, jedoch erst durch faktische oder rechtliche Reflexe des Kontrollverfahrens, wie etwa der Präventionswirkung der Regelung als solcher, der tatsächlichen Breitenwirkung ergangener Urteile und des (rechtlichen) Einredetatbestands des § 21. Derartige Nebenfolgen sind aber gerade von dem formulierten (primären) Schutzzweck zu trennen³.

Während der im materiellrechtlichen Teil gewährte Schutz dahin geht, unangemessenen AGB die Wirksamkeit zu versagen, zielt die Regelung der §§ 13 ff. darauf ab, diesen materiellrechtlichen Schutz erst gar nicht notwendig werden zu lassen, indem bereits präventiv die entsprechenden Sachverhalte ausgeschaltet werden sollen. Die Unterlassungs- und Widerrufsregelung ist demnach gegen die faktische Existenz unwirksamer AGB gerichtet. Das gesetzliche Anliegen, den Rechtsverkehr von solchen Klauseln freizuhalten, knüpft somit an den Befund an, daß sich teilweise die dem einzelnen

1 BT-Drucks. 7/5422 (Bericht des Rechtsausschusses), S. 10; abweichend *Palandt/Heinrichs*, BGB, 36. Aufl., vor § 13 AGBG Anm. 2, wonach die Regelung zugleich dem Schutz des Verbrauchers dienen soll.

2 BT-Drucks. 7/5422 (Bericht des Rechtsausschusses), S. 1 f.

3 Zumindest ungenau deswegen *Palandt/Heinrichs*, vor § 13 Anm. 2.

vom materiellen Recht gewährten (Schutz-)Positionen in der Realität nicht durchsetzen⁴. Um diesen Zustand zu verhindern, strebt das Gesetz einen Schutz vor tatsächlicher Betroffenheit durch unwirksame AGB an, der bei Verwendung oder Empfehlung solcher AGB einsetzt.

2. DIE VERWENDUNG UND EMPFEHLUNG VON AGB

a) Verwendung

Zur Klärung des Begriffsinhalts der Verwendung von AGB liegt es zunächst nahe, auf die in § 1 enthaltene Klammerdefinition zurückzugreifen. Demnach wäre Verwender die Vertragspartei, die der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages Vertragsbedingungen stellt, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Die überwiegende Meinung⁵ sieht sich jedoch für den Begriff der Verwendung von AGB i. S. von § 13 wegen der Gesetzesmaterialien und des Zwecks der Vorschrift zu einer erweiternden Auslegung gezwungen: Eine Verwendung soll bereits dann vorliegen, wenn unzulässige AGB-Bestimmungen in Verbindung mit Angeboten oder der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gebracht werden, also nicht die Einbeziehung in einen konkreten Vertrag voraussetzen.

Der Grund für dieses methodische Vorgehen liegt in der Begriffsdefinition von AGB in § 1, die zumeist entsprechend ihrem Wortlaut so ausgelegt wird, daß das »Stellen« von Vertragsbedingungen bei Vertragsschluß als Begriffsmerkmal aufgefaßt wird. Daraus wird die Konsequenz gezogen, daß, solange von vorformulierten Bedingungen noch kein Gebrauch bei Abschluß eines konkreten Vertrages gemacht ist, man eigentlich nur von einem Entwurf von AGB sprechen könne⁶. Das hätte zur Folge, daß sich der Unterlassungs- oder Widerrufsanspruch nach § 13 auch gegen Bedingungen richten kann, die i. S. von § 1 (noch) keine AGB sind⁷, daß man also für den verfahrensrechtlichen Abschnitt eine andere AGB-Definition als für die materiellrechtlichen Vorschriften zugrunde legt⁸.

4 Dazu oben B I 2.

5 Löwe, § 13 Rdn. 5; Schlosser, § 13 Rdn. 33; Ulmer/Hensen, § 13 Rdn. 4; Rebmann, in: Dietlein/Rebmann, AGB-aktuell, § 13 Rdn. 3, jeweils mit Hinweis auf die entsprechende Formulierung in BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 10.

6 So ausdrücklich Dietlein, § 1 Rdn. 6; Stein, § 13 Rdn. 8.

7 Charakteristisch Ulmer/Hensen, § 13 Rdn. 5: »AGB können für den rechtsgeschäftlichen Verkehr bereits empfohlen sein, bevor sie AGB sind...«

8 Schlosser, § 1 Rdn. 20–22, der ausdrücklich unterscheidet, ob Bedingungen im Individualprozeß oder bei einer Klage nach § 13 vorliegen; ähnlich Ulmer, § 1 Rdn. 18.

*Gerlach*⁹ will diese Ungereimtheit durch einen Hinweis auf die Möglichkeit des sog. vorbeugenden Unterlassungsanspruchs umgehen. Der Begriff der Verwendung von AGB sei entsprechend der Definition in § 1 so zu verstehen, daß es auf die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag ankomme und noch nicht ausreiche, daß AGB erst in Vorbereitung eines Vertragschlusses dem Publikum oder einzelnen Personen präsentiert werden. In diesen Fällen sei jedoch die Möglichkeit eines sog. vorbeugenden Unterlassungsanspruchs gegeben, der entsprechend allgemeinen Grundsätzen auch ohne vorangegangene Beeinträchtigung gegeben sein könne. Zwar ist mit *Gerlach* die Existenz eines derartigen Anspruchs auch für § 13 anzuerkennen¹⁰, doch kann diese über das Problem der AGB-Definition letztlich nicht hinweghelfen. Stellt man nämlich auf die wörtliche Begriffsbestimmung in § 1 ab, so würde der Widerrufsanspruch wegen Empfehlung erst dann eingreifen, wenn die empfohlenen Klauseln zu AGB geworden sind, also mindestens einmal in einen konkreten Vertrag einbezogen worden sind¹¹. Dieses Ergebnis ist vom Gesetz jedoch ersichtlich nicht gewollt und wird von *Gerlach*¹² auch nicht vertreten.

Gegen die überwiegende Ansicht, die dem AGBG zwei verschiedene AGB-Definitionen zugrunde legen will, bestehen ebenfalls Bedenken: Ein- und demselben Begriff in einem einheitlichen Gesetz einen unterschiedlichen Inhalt beizumessen¹³, erscheint erst dann angebracht, wenn eine Abstimmung der (anscheinend) nicht ganz deckungsgleich gebrauchten Begriffe anhand der gesetzgeberischen Vorstellungen nicht möglich ist, hier also das Abstellen auf den weiteren Begriff des § 13 auch für den materiellrechtlichen Teil zu vom Gesetzgeber nicht gewollten Ergebnissen führen würde.

Eine Prüfung in dieser Richtung zeigt, daß vorformulierte Vertragsbedingungen bereits dann unwirksam (§§ 8–11) wären, bevor sie bei Vertragsabschluß gestellt werden, ihnen aber auch schon nach der engeren Definition des § 1 keine Wirksamkeit zukommt, da es im materiellrechtlichen Abschnitt immer erst um die Wirksamkeit als Vertragsbestimmung geht, nachdem sich der Gesetzgeber eindeutig für ein rechtsgeschäftliches und nicht für ein normatives AGB-Verständnis entschieden hat¹⁴. Das Merkmal des »Stellens bei Vertragsschluß« erweist sich damit auch für den Einzelvertrag als über-

9 Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 19.

10 Dazu unten unter C I 3.

11 So in der Tat allerdings *Dittmann/Stahl*, AGB, Rdn. 650.

12 Vgl. Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 27.

13 Zur ähnlichen Problematik beim Begriff des Abzahlungsgeschäfts im AbzG *Knippel*, NJW 1971, 1117.

14 BT-Drucks. 7/3919 (Reg.-Entwurf), S. 17; dazu auch *Schlosser*, § 2 Rdn. 1–23; *Löwe*, § 2 Rdn. 1.

flüssig¹⁵, denn anders als dadurch, daß eine Partei vorformulierte Bedingungen zum Vertragsbestandteil zu machen versucht, kann sich das Problem der Wirksamkeit als Vertragsbestimmung nicht ergeben¹⁶.

Der eigentliche Grund der Formulierung des § 1 Abs. 1 ist darin zu sehen, daß nicht schon die Vorformulierung von Vertragsbedingungen vom Gesetzgeber mißbilligt wird, sondern die Art und Weise, wie diese in den Vertrag einfließen, nämlich die Einseitigkeit der Auferlegung¹⁷. Auf dieses Merkmal braucht nun keineswegs verzichtet zu werden, wenn man den AGB-Begriff des Gesetzes so auffaßt, daß er alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen umfaßt, die dazu bestimmt sind¹⁸, daß eine Vertragspartei (Verwender) sie der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt.

Auch das Merkmal der Vorformulierung »für eine Vielzahl von Verträgen« wird entsprechend der Gesetzesformulierung ja so aufgefaßt, daß das Klauselwerk aus sich heraus lediglich dazu konzipiert sein muß, nicht aber, daß es tatsächlich in eine Vielzahl von Verträgen eingeflossen ist¹⁹. Die Klassifizierung von Vertragsbedingungen als AGB wird damit hier ebenfalls aus der Zweckbestimmung eines Klauselwerkes und nicht aus äußeren Anwendungsvorgängen entnommen. Daraus gewinnt auch die Vorschrift des § 1 Abs. 2 ihren eigenständigen Sinn²⁰, da AGB durch das Aushandeln ihren AGB-Charakter verlieren und zu Individualvereinbarungen werden.

Die fehlende Kongruenz²¹ des materiellrechtlichen und des verfahrensrechtlichen Teils zwingt damit nicht notwendigerweise zu zwei verschiedenen AGB-Begriffen, vielmehr kann dem Gesetz insgesamt der weitere Begriff

15 Ebenso Koch/Stübing, AGBG, § 1 Rdn. 26. – Schmidt-Salzer, NJW 1977, 129 (131), hält das Stellen bei Vertragsschluß ebenfalls nicht für ein tatbestandlich relevantes Merkmal, verzichtet bei einer Umformulierung von § 1 aber dennoch nicht auf dieses.

16 Schlosser, § 1 Rdn. 21; vgl. auch Erster Teilbericht, S. 39.

17 BT-Drucks. 7/3919 (Reg.-Entwurf), S. 16.

18 Ähnlich die Formulierung im CDU/CSU-Entwurf (§ 1), BT-Drucks. 7/3200; auch Schlosser, § 1, Überschrift zu IV, spricht von der (*beabsichtigten*) Einseitigkeit der Einführung in den Vertrag.

19 Schlosser, § 1 Rdn. 14; Ulmer, § 1 Rdn. 16; Münchener Kommentar (Kötz), § 1 Rdn. 6; Dietlein, § 1 Rdn. 5 – A. A. Löwe/Trinkner, § 1 Rdn. 8, die die faktische Feststellung verlangen, daß die Bestimmungen tatsächlich bei einer Vielzahl von Vertragsabschlüssen gestellt worden sind.

20 Schlosser, § 1 Rdn. 28; Dietlein, § 1 Rdn. 9.

21 So sollte etwa nach dem Reg.-Entwurf (BT-Drucks. 7/3919, S. 16) durch die Bezugnahme bei § 1 auf den »Abschluß eines Vertrages« klargestellt werden, daß Musterbedingungen in Formularbüchern unberührt bleiben, während später (BT-Drucks. 7/5422 – Rechtsausschuß –, S. 10) ausdrücklich auch die Verfasser von Formularbüchern vom abstrakten Verfahren erfaßt werden sollten.

i. S. von § 13 zugrunde gelegt werden, ohne daß damit der gesetzgeberische Wille verfälscht wird.

Das Tatbestandsmerkmal der Verwendung ist demnach folgendermaßen zu verdeutlichen: Verwendung ist das Gebrauchmachen von (begrifflich vorhandenen)²² AGB, also das schlüssige oder ausdrückliche Verhalten einer potentiellen Vertragspartei gegenüber der anderen, daß sie ihre AGB zur Regelung eines Vertrages zugrunde legen will. Zu einem konkreten Vertragsschluß braucht es daher nicht zu kommen²³, ebensowenig muß die »andere Vertragspartei« bereits individualisiert sein. Damit unterfällt dem Begriff der Verwendung auch das Gebrauchmachen von AGB im Stadium der Anbahnung von Vertragsverhandlungen. Dem entspricht es, daß der Verwender den nach § 2 vorgeschriebenen Obliegenheiten bereits zu diesem Zeitpunkt nachkommen kann²⁴.

Dagegen können selbständige Vermittler, die AGB in die von ihnen vermittelten Geschäfte einbringen, nicht als Verwender i. S. von § 13 angesehen werden²⁵. Die Argumentation der Gegenansicht²⁶ stützt sich auf die fehlende Kongruenz der Begriffe in § 1 und § 13 sowie auf den Schutzzweck des verfahrensrechtlichen Teils, der auch hier betroffen werde, da der Vermittler derjenige sei, der das Klauselwerk in den Verkehr bringt. Jedoch zwingen die Divergenzen zwischen dem materiellrechtlichen und dem verfahrensrechtlichen Abschnitt nur zu einer Korrektur des AGB-Begriffes und damit zu einer zeitlichen Vorverlegung des Tätigkeitsmerkmals der Verwendung, die Qualifikation des Verwenders als (potentielle) Vertragspartei²⁷ wird dadurch jedoch nicht berührt. Es ist in erster Linie ja die Vertragspartei, die den Nutzen aus den AGB zieht, ferner enthalten AGB regelmäßig nur Regelungen über das Verhältnis zwischen den Parteien des (angepeilten) Vertrags²⁸. Zum Hinweis auf das Schutzobjekt des verfahrensrechtlichen Abschnitts ist zu bemerken, daß der Gesetzgeber nicht alle, sondern nur bestimmte Beeinträchtigungsformen sanktionieren wollte.

22 A. A. vom anderen Ausgangspunkt her *Ulmer-Hensen*, § 13 Rdn. 4: »Daß AGB verwendet werden, gehört indessen schon zum Begriff der AGB.«

23 *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 4.

24 *Ulmer*, § 2 Rdn. 45 ff., der allerdings von einer »Zurechnung« des früheren Verhaltens spricht; *Löwe*, § 2 Rdn. 7; *Schlosser*, § 2 Rdn. 36.

25 Ebenso wohl *Löwe*, § 13 Rdn. 38, 39. – A. A. *Schlosser*, § 13 Rdn. 41; *Palandt/Heinrichs*, § 13 Anm. 2 c; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 19.

26 Insbesondere *Schlosser* (Fn. 25).

27 Auch die Urteilswirkungen nach § 21 knüpfen an die Eigenschaft als Vertragspartei an.

28 Enthalten allerdings die vom Vermittler eingebrachten AGB Klauseln, die rechtsgeschäftliche Beziehungen zu dem Vermittler selbst begründen (etwa ein Haftungsausschluß für seine Tätigkeit), so kann insoweit der Vermittler als Vertragspartei und damit als Verwender i. S. von § 13 angesehen werden.

Gleiches gilt auch, soweit Klauselwerke durch einen Rechtsanwalt oder Notar²⁹ bei einem Vertragsabschluß eingebracht worden sind. Ebenso wie die selbständigen Vermittler kommen diese Personen jedoch als Empfehler von AGB in Betracht³⁰.

b) Empfehlung von AGB

Unter dem Begriff des Empfehlens von AGB ist eine Erklärung zu verstehen, durch die dritten Personen eine Verwendung bestimmter AGB nahegelegt wird³¹. Da den empfohlenen Klauseln bereits in diesem Stadium die (allein) maßgebliche AGB-spezifische Zweckbestimmung zukommt, daß sie durch einseitiges Stellen in einen Vertrag einfließen sollen, bezieht sich – wie oben dargelegt – auch die Empfehlung bereits auf AGB im Sinne des Gesetzes.

Das Anraten, bestimmte AGB zu verwenden, muß nicht ausdrücklich erfolgen; es kann auch die Wahl zwischen verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten offengelassen werden³². Kennzeichnungen wie »unverbindlich, bloßer Hinweis« lassen die Rechtsnatur einer Empfehlung nicht entfallen. Eine bestimmte Form der Empfehlung ist nicht erforderlich. Dem Wortsinn nach unterfällt dem Begriff der Empfehlung an sich auch der Ratschlag gegenüber nur einer Person. Da der Gesetzgeber jedoch ersichtlich nur solche Empfehlungen erfassen wollte, die gegenüber dem internen Aufstellungsvorgang und den die Verwendung vorbereitenden Maßnahmen eine gewisse Eigenständigkeit entfalten, muß sich die Empfehlung an mehr als nur einen Adressaten richten³³. Die einzelne Beratung eines potentiellen Verwenders durch einen Rechtsanwalt oder Notar unterliegt damit nicht den Ansprüchen des § 13³⁴. Nicht erforderlich ist allerdings, daß die einzelnen Empfehlungshandlungen gegenüber mehreren Adressaten gleichzeitig oder in der gleichen Form erfolgen, solange zwischen ihnen ein innerer Zusammenhang besteht. Unter diesem Aspekt kommen auch die Rechtsanwälte und Notare als Empfehler in Betracht³⁵, die ein gleichartiges Klauselwerk vielen Auftraggebern anraten.

29 Ebenso Löwe, § 13 Rdn. 38. – A. A. Schlosser, § 13 Rdn. 41.

30 Vgl. dazu den nächsten Abschnitt. – Zur Einbringung von AGB durch Hilfspersonen des Verwenders siehe unten c.

31 Löwe, § 13 Rdn. 40; Schlosser, § 13 Rdn. 42.

32 Ulmer/Hensen, § 13 Rdn. 8; Schlosser, § 13 Rdn. 42.

33 Löwe, § 13 Rdn. 6; Schlosser, § 13 Rdn. 49; Palandt/Heinrichs § 13 Anm. 3 a; Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 24.

34 Ulmer/Hensen § 13 Rdn. 13; Schlosser, § 13 Rdn. 49; Löwe, § 13 Rdn. 8.

35 Löwe, § 13 Rdn. 8; Schlosser, § 13 Rdn. 48; Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 24.

Als Empfehlung ist auch das Verfassen von Formularbüchern³⁶ oder von einzeln vertriebenen Vertragsformularen³⁷ anzusehen. Ob auch der Verleger solcher Werke als Empfehler aufzufassen ist, wird dagegen unterschiedlich beurteilt³⁸. Vom Gesetzeszweck her sind solche Personen zwar auch an der Störung des Rechtsverkehrs beteiligt, doch liegt im bloßen Verbreiten der Empfehlung eines anderen noch nicht der Tatbestand einer eigenen Empfehlung. Etwas anderes gilt nur dort, wo auf dem Schriftstück kein Verfasser ersichtlich ist, da dann eine eigene Erklärung des Verlegers anzunehmen ist. Ein Verkäufer solcher Werke kommt dagegen grundsätzlich nicht als Empfehler in Betracht³⁹.

Die Empfehlung muß schließlich für den rechtsgeschäftlichen Verkehr gedacht sein. Für sich genommen ist dieses Merkmal überflüssig⁴⁰, denn empfohlen werden eigentlich nicht die AGB als solche, sondern eine auf sie gerichtete Tätigkeit, nämlich die Verwendung der vorgeschlagenen AGB. Diese kann sich aber ohnehin nur im rechtsgeschäftlichen Verkehr abspielen. Mit dem Merkmal sollte vielmehr nach den Gesetzesmaterialien⁴¹ klargestellt werden, daß eine Stellungnahme zu AGB im wissenschaftlichen Bereich von § 13 nicht erfaßt wird. Dies gilt auch dann, wenn eine solche Darstellung mit konkret ausformulierten Klauselvorschlägen endet⁴². Zur Verhinderung einer »Verwissenschaftlichung« von Verbandsempfehlungen ist allerdings zu fordern, daß die Abhandlung nicht ausschließlich und unmittelbar nur für einen festen Kreis potentieller Verwender bestimmt sein darf⁴³.

Inwieweit Körperschaften des öffentlichen Rechts Empfehler i. S. von § 13 sein können, ist differenziert zu beurteilen. In den Fällen, in denen eine

36 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 10; *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 9; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 24 – *A. Pawlowski*, BB 1978, 161 (162), der aus einer nicht näher begründeten Einordnung der §§ 13 ff. als Normenkontrollverfahren folgert, daß Partei nur jemand sein könne, der »seine« Angelegenheiten durch AGB regeln will, also lediglich empfehlende Gewerbetreibende oder Verbände. Aber selbst der empfehlende Gewerbetreibende will ja gerade nicht seine Angelegenheiten regeln, so daß diese Ansicht mit dem Gesetz nicht vereinbar ist.

37 *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 11; *Löwe*, § 13 Rdn. 7.

38 Dafür *Löwe*, § 13 Rdn. 41; *Schlosser*, § 13 Rdn. 43; *Palandt/Heinrichs*, § 13 Anm. 3 a. – *A. A. Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 10; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 25. – Auch der Zweite Teilbericht, These 5 c, wollte Verleger mit einbeziehen.

39 *Schlosser*, § 13 Rdn. 43.

40 Ebenso *Schlosser*, § 13 Rdn. 44.

41 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 10; vgl. auch Zweiter Teilbericht, S. 41.

42 *Löwe*, § 13 Rdn. 7.

43 *Stein*, § 13 Rdn. 19; wohl auch *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 12.

Behörde AGB förmlich genehmigt⁴⁴ oder – wie nach § 81 a VAG – bestimmte AGB durch Verwaltungsakt vorschreibt, ist sie nicht Empfehler⁴⁵. Als Begründung wird meist darauf hingewiesen, daß dieses Handeln öffentlich-rechtlich strukturiert ist und eine Zulassung des vor den Zivilgerichten stattfindenden Verfahrens nach §§ 13 ff. einen Eingriff in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte darstellen würde. Daneben ist zu betonen, daß es sich hier um spezialgesetzliche Kontrollregelungen handelt, die das Verfahren nach § 13 ausschließen; dieses ist nicht darauf gerichtet, andere mit AGB befaßte Kontrollinstitutionen einer Aufsicht zu unterwerfen.

Anders ist die Lage dort, wo Verwaltungsbehörden nicht in Vollziehung⁴⁶ solcher spezialgesetzlichen Regelungen Empfehlungen aussprechen, wie etwa in dem von *Stein*⁴⁷ angeführten Fall des Mustermietvertrages 1976 des Bundesinnenministers. Hier wäre es zu vordergründig, die Klage nach § 13 an der Charakterisierung dieses Vorganges als schlicht hoheitliches Handeln scheitern zu lassen⁴⁸. Wie der Große Senat des BGH⁴⁹ jüngst in dem verwandten Fall eines wettbewerbsrechtlich relevanten Anratens einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft überzeugend dargelegt hat, ist der bürgerlichrechtliche Rechtsweg jedenfalls dann gegeben, wenn zur Entscheidung steht, ob die öffentliche Verwaltung die vom Privatrecht gezogenen Grenzen eingehalten hat, die sie beachten muß, wenn sie am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Dies gilt auch für die Einwirkung auf den Rechtsverkehr durch eine Empfehlung der genannten Art.

c) Zurechnung für das Verhalten von Hilfspersonen

Über die Zurechnung des Verhaltens von Hilfspersonen ist im Gesetz keine Regelung getroffen. Die Frage wird in erster Linie bei der Klage gegen einen Verwender akut, der sich möglicherweise durch den Hinweis auf fremdes Handeln zu entlasten versucht.

Für die Zurechnung des Verhaltens von Dritten ist zunächst eine analoge Anwendung von § 13 Abs. 3 UWG zu erörtern. Nach dieser Vorschrift ist

44 Dazu oben B II 1.

45 Ebenso *Löwe*, § 13 Rdn. 6; *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 6.

46 Die auf § 103 Abs. 2 VAG beruhende Mitteilung von Musterbedingungen durch das Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen wird man noch als Vollzug eines derartigen Spezialgesetzes ansehen können, so daß hier keine Empfehlung nach § 13 vorliegt; ebenso *Sieg*, *VersR* 1977, 489 (492). – A. A. *Schlosser*, § 13 Rdn. 44.

47 § 13 Rdn. 17.

48 So aber *Stein* (Fn. 47); ihm folgend Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 25 Fn. 66.

49 NJW 1976, 1941.

der Unterlassungsanspruch auch gegen den Inhaber des Betriebes begründet, wenn in dem geschäftlichen Betrieb wettbewerbswidrige Handlungen von einem Angestellten oder Beauftragten vorgenommen werden. § 13 Abs. 3 UWG statuiert damit eine Erfolgshaftung des Betriebsinhabers ohne Entlastungsmöglichkeit⁵⁰.

Für eine Analogie zu dieser Regelung spricht zunächst, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung der Unterlassungsklage des § 13 in den entsprechenden UWG-Bestimmungen eine Parallele sah⁵¹ und die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in das AGBG lediglich übersehen haben könnte. Dem steht aber entgegen, daß in erster Linie die Konstruktion der Unterlassungsklage als solche gerechtfertigt werden sollte, der Hinweis auf das UWG insbesondere den Kreis der klagebefugten Verbände abgrenzen sollte, nicht aber alle materiellen Anspruchsvoraussetzungen betraf.

Damit wird eine nähere Analyse von Struktur und Zweck des § 13 Abs. 3 UWG notwendig. Dessen Funktion wird ausgehend von der Begründung des amtlichen Entwurfes darin gesehen, »unter allen Umständen zu verhindern, daß der Prinzipal sich hinter seinen Angestellten verkrieche«⁵² oder – moderner ausgedrückt – eine Abwälzung der Verantwortung des Unternehmers für Handlungen innerhalb seiner Unternehmenstätigkeit zu verhindern. Ist daher der objektiv-rechtswidrige Wettbewerbsverstoß »im geschäftlichen Betrieb« begangen, so wird der Unterlassungsanspruch dadurch »begründet«, daß die Handlung dem Betriebsinhaber zugerechnet wird⁵³. Die Vorschrift geht damit über die BGB-Vorschriften hinaus, von denen § 278 BGB mangels Sonderrechtsbeziehungen in der Regel ohnehin auscheidet⁵⁴ und § 831 BGB auch bei einem Unterlassungsanspruch die Möglichkeit des Entlastungsbeweises gibt⁵⁵.

Die Haftung des Betriebsinhabers nach § 13 Abs. 3 UWG setzt jedoch nach dem Wortlaut und der Interpretation der ganz h. M. voraus, daß zuvor ein Anspruch gegen den Angestellten oder Beauftragten gegeben ist (». . . auch . . . begründet«). Daran scheitert aber eine unmittelbare Analogie für den Bereich des AGBG. Während nämlich Unterlassungsverpflichteter nach dem UWG jeder sein kann, der im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken unzulässige Handlungen vornimmt, sind die Qualifikationen der nach § 13 Verpflichteten derart ausgestaltet, daß ein Anspruch gegen die

50 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 33, 35; *Pastor*, in: Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 4. Aufl., Bd. 3, S. 139 ff.

51 Etwa BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 10; BT-Drucks. 7/3200 (CDU/CSU-Entwurf), S. 22.

52 *Pastor*, NJW 1964, 897.

53 RGZ 116, 28 (33); *Pastor*, NJW 1964, 897 (898).

54 *Pastor*, NJW 1964, 897.

55 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 33; *Pastor*, NJW 1964, 897 Fn. 12.

Hilfsperson selbst kaum je bestehen dürfte. Denn Verwender ist nicht der Aufsteller oder Ausarbeiter von AGB, im Regelfall auch nicht derjenige, der sie beim Vertragsschluß eines anderen für diesen stellt, vielmehr nur die stellende (potentielle) Vertragspartei selbst. Eine an den Wortlaut von § 13 Abs. 3 UWG anknüpfende Analogie würde daher regelmäßig nicht zu einer Haftung des Geschäftsherrn führen.

Damit stellt sich die Frage nach Zurechnungsmöglichkeiten für Drittverhalten ohne Rekurs auf die speziellen UWG-Vorschriften. Dabei scheint im Bereich des AGBG eine Zurechnung über § 278 BGB⁵⁶ nicht von vornherein ausgeschlossen, denn der Begriff der Verwendung ist auf den Vertragsabschluß bzw. auf die darauf gerichteten Tätigkeiten bezogen, mit ihnen geht somit die Begründung oder der Bestand eines vorvertraglichen Sonderrechtsverhältnisses einher. Doch ist zu bedenken, daß ein solches schuldrechtliches Band nur in Beziehung zur jeweiligen Vertragspartei besteht, nicht aber gegenüber den Anspruchsinhabern (bzw. Klagebefugten) der in § 13 normierten Ansprüche. Für ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Verwender/Empfehlen und den Verbänden vor dem Entstehen der Unterlassungs- und Widerrufsansprüche besteht kein Anhalt⁵⁷.

Die bislang h. M.⁵⁸ versucht die Zurechnungsproblematik bei § 13 über die Struktur der Unterlassungs- und Widerrufsverpflichtung zu lösen. Ausgehend vom Gesetzeszweck, eingetretene oder bevorstehende Störungen des Rechtsverkehrs durch unzulässige AGB zu verhindern, stellt man auf den zu § 1004 BGB entwickelten Grundsatz ab, daß derjenige, der einen Geschäftskreis beherrscht, aus dem die Störungen resultieren, letztlich selbst als Störer⁵⁹ angesehen werden kann. Diese rein kausale Anknüpfung an die bevorstehende oder eingetretene Beeinträchtigung bedarf aber für den Bereich des § 13 einer Einschränkung, da der Gesetzgeber nicht jede Beeinträchtigung des Schutzgutes sanktioniert hat, sondern nur bestimmte Beeinträchtigungshandlungen, nämlich eben das Verwenden oder Empfehlen. So unterliegen etwa Handlungsformen des Verbreitens, wie die Herstellung und der Verkauf unzulässiger Klauselwerke, die an sich auch adäquat kausal zu einer Störung des Rechtsverkehrs führen, nicht den in § 13 normierten Ansprüchen. Die Zurechnung kann damit nicht schon allein wegen des eingetretenen Erfolgs (Beeinträchtigung) vorgenommen werden, sondern hat auch an die vom Gesetz genannten Handlungsformen anzuknüpfen.

56 Für eine analoge Anwendung von § 278 BGB *Koch/Stübing*, § 13 Rdn. 12.

57 Auch für das UWG wird abgelehnt, daß das dort bestehende allgemeine Wettbewerbsverhältnis bereits schuldrechtliche Bindungen erzeugen kann, *Pastor* (Fn. 50), S. 139.

58 *Löwe*, § 13 Rdn. 37; *Palandt/Heinrichs*, § 13 Anm. 2 c.

59 Zum Störerbegriff vgl. *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 128 ff.; *Palandt/Bassenge*, § 1004 BGB Anm. 4; *Pleyer*, AcP 161 (1962), 500; *ders.*, AcP 156 (1957), 299.

Das schließt jedoch nicht aus, auf die Grundsätze des Störerbegriffs im Rahmen der Begriffe des Verwendens und Empfehlens zurückzugreifen. Verwender ist damit auch, in wessen (beherrschbaren) Geschäftskreis AGB in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gebracht werden, also für ihn bei Vertragsanbahnung und Vertragsabschluß den potentiellen Kunden gestellt werden. Dies ist auch dadurch gerechtfertigt, als es sich dabei um die Person handelt, die letztlich den Nutzen aus dem Gebrauch der AGB zieht. Im Grunde wird damit auch der in § 13 Abs. 3 UWG enthaltene Rechtsgedanke aufgegriffen⁶⁰. Der Gebrauch von AGB durch Hilfspersonen kann damit auch ohne positive Kenntnis⁶¹ demjenigen zugerechnet werden, für den die AGB in einen zu schließenden Vertrag einbezogen werden sollen, wenn die Tätigkeit dieser Personen innerhalb seines Geschäftskreises erfolgt.

Ähnliche Grundsätze gelten auch hinsichtlich des Empfehlens. Auch hier genügt es, daß die Empfehlung aus der beherrschbaren Sphäre einer Person herrührt, soweit sich die Empfehlung nach ihrem äußeren Erscheinungsbild ausdrücklich oder stillschweigend als eine Erklärung der betreffenden Person darstellt.

3. WIEDERHOLUNGSGEFAHR BZW. FORTDAUERN DES STÖRUNGSZUSTANDES

Nach herrschender Ansicht⁶² setzt die Unterlassungsverpflichtung des Verwenders oder Empfehlers als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal das Bestehen einer Wiederholungsgefahr voraus. Dieses Erfordernis wird aus der Einordnung des in § 13 geregelten Rechtsinstituts als »echter« materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch abgeleitet. Daß für die allgemeine Unterlassungsklage das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr notwendig ist, entspricht dem Gesetzeswortlaut (vgl. §§ 12 Satz 2, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB) und einhelliger hergebrachter Ansicht, wobei allerdings bestritten ist, ob die Wiederholungsgefahr als materiellrechtliches Element oder als Kriterium des Rechtsschutzbedürfnisses anzusehen ist⁶³. Diese Frage wiederum steht teil-

60 Ähnlich Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 19.

61 Ebenso Schlosser, § 13 Rdn. 41. – A. A. Löwe, § 13 Rdn. 38.

62 Löwe, § 13 Rdn. 9; Ulmer/Hensen, § 13 Rdn. 18; Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 2 d; Stein, § 13 Rdn. 8; Dietlein/Rebmann, § 13 Rdn. 8; Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 20. – Wegen Unstimmigkeiten mit der Verjährungsregelung sieht Schlosser, § 13 Rdn. 36, die Wiederholungsgefahr nicht als (materielle) Anspruchsvoraussetzung an und ordnet sie dem Rechtsschutzbedürfnis zu.

63 Für materielle Voraussetzung etwa: Palandt/Bassenge, § 1004 BGB Anm. 6 b bb; Rosenberg/Schwab, ZPR, 12. Aufl., § 93 I 2; Pastor, GRUR 1969, 331; Münzberg, JZ 1967, 690. – Für Rechtsschutzbedürfnis etwa: Soergel/Siebert/Mühl, BGB, 10. Aufl., § 1004 Anm. 57; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl., Bd. 2, § 252 I 3 b. – Die Rechtsprechung ist ebenfalls nicht einheitlich, siehe BGH WPM 1973, 118 einerseits, BGH GRUR 1960, 379 (381) andererseits sowie Pastor (a.a.O.), m. w. N.

weise in Zusammenhang mit der grundsätzlichen dogmatischen Einordnung der allgemeinen Unterlassungsklage⁶⁴.

Für den vorliegenden Zusammenhang kommt es jedoch weniger auf die Wertung der Wiederholungsgefahr als materiellrechtliches oder prozessuales Element an, sondern vielmehr darauf, ob überhaupt ein solches Kriterium für § 13 eine Rolle spielt und gegebenenfalls, woraus es herzuleiten ist. Dabei bieten sich angesichts des Schweigens des Gesetzes zwei unterschiedliche Lösungsansätze an: Zum einen kann das Erfordernis der Wiederholungsgefahr für so selbstverständlich gehalten worden sein, daß seine Hervorhebung nicht für notwendig erachtet wurde; zum anderen könnte aus der spezialgesetzlichen Normierung zu schließen sein, daß ihm überhaupt keine Bedeutung zuzumessen ist⁶⁵. Für letzteren Gesichtspunkt ließe sich dabei anführen, daß allein die Tatsache der Verwendung von AGB bereits den Gebrauch in weiteren Fällen einschließt, da die AGB ihrer Zweckbestimmung nach für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind⁶⁶. Dem steht jedoch entgegen, daß der Verwender nicht mit demjenigen identisch sein muß, der die Klauseln aufgestellt oder geschaffen hat, von dem ihnen also diese spezifische Zweckbestimmung beigelegt wurde. Auch ist die Verwendung der Definition nach nicht als Dauerhandlung zu verstehen, sondern wird vom Gesetz als einmaliges, auf einen jeweiligen konkreten Vertrag bezogenes Verhalten aufgefaßt. Ferner läßt sich mit dieser Argumentation das Erfordernis der Wiederholungsgefahr bei der Unterlassung wegen Empfehlung von AGB nicht begründen.

Entscheidende Bedeutung kommt damit in erster Linie der Funktion des abstrakten Verfahrens zu. Dieses verfolgt das Ziel, den Rechtsverkehr von unzulässigen Klauselwerken freizuhalten. Es ist damit auf die Ausschaltung der künftigen Tatbestände gerichtet, aufgrund derer unzulässige AGB in den Rechtsverkehr gelangen. In unmittelbarer Weise geschieht dies durch den Akt der Verwendung. Ein Einschreiten hinsichtlich der Verwendung ist dann aber nur angezeigt, soweit eine solche Handlung bevorsteht. Diese Gefahr der künftigen Verwendung unzulässiger AGB bedeutet aber nichts anderes als der Begriff der Wiederholungsgefahr ausdrücken soll. Freilich ist dieser insofern ungenau, als die erstmalige Verwendung nicht das ausschließliche Indiz für das Bestehen einer solchen Gefahr darstellen muß. Sie kann sich vielmehr auch ohne bereits erfolgte Verwendung ergeben, etwa, wenn ein Verwender Maßnahmen getroffen hat, um die AGB über Angebote oder Werbeaktionen in den Verkehr zu bringen. Dementsprechend wird auch im Rahmen des AGBG eine »vorbeugende« Unterlassungsklage für zulässig

64 Dazu unter E II 1 a cc.

65 Dieser Ansicht für das UWG (§ 13) *Pinner*, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, S. 48; vgl. dazu auch *Pastor*, GRUR 1969, 334.

66 In dieser Richtung *Dietlein/Rebmann*, § 13 Rdn. 8, als Begründung dafür, daß das Bestehen einer Wiederholungsgefahr regelmäßig zu vermuten sei.

erachtet⁶⁷, exakter eine solche ohne vorgängige Beeinträchtigung⁶⁸. Das Erfordernis einer so verstandenen Wiederholungsgefahr bei der Unterlassungsverpflichtung des Verwenders wird auch dadurch gestützt, daß das abstrakte Verfahren nicht als eine Art Bestrafung für bereits erfolgte Beeinträchtigungen aufgefaßt werden kann⁶⁹. Zu einer solchen würde es aber faktisch für einen Verwender werden, wenn es allein aufgrund der Tatsache einer einmal erfolgten Verwendung zugelassen werden würde. Auch knüpfen bestimmte Urteilstwirkungen an den Umstand an, daß die mißbilligten AGB weiter verwendet werden, also nicht nur einmalig gebraucht worden sind. Davon zu unterscheiden ist allerdings, daß eine einmal erfolgte Verwendung eine starke Indizwirkung für die Beurteilung der künftigen Verwendung nach sich zieht⁷⁰.

Neben der Verwendung sieht das Gesetz auch die Empfehlung als Gefahrenquelle für das formulierte Schutzobjekt an. Dieser Vorgang führt allerdings nicht unmittelbar dazu, daß Klauseln in den Rechtsverkehr gelangen, es bedarf hierzu noch der Umsetzung durch eine Verwendung. Daß die Empfehlung dennoch als selbständige Gefahrenquelle anzusehen ist, rechtfertigt sich aus dem Umstand, daß Verwender vielfach die von ihnen gebrauchten AGB nicht selbst konzipieren, sondern von dritter Seite empfohlene Klauseln übernehmen und dabei darauf vertrauen, daß die AGB bereits einer Angemessenheitsprüfung unterzogen wurden. In diesem Sinne läßt sich der Empfehler als mittelbarer Störer auffassen⁷¹. Da auch die Unterlassungsverpflichtung hinsichtlich der Empfehlung nur künftiges Verhalten als Anknüpfungsgegenstand haben kann, bedarf es auch hier der Voraussetzung, daß die Vornahme einer Empfehlung aufgrund gegenwärtiger Umstände indiziert sein muß.

Davon zu unterscheiden ist, daß eine erfolgte Empfehlung bereits eine gewisse Eigenständigkeit als Gefahrenquelle entfaltet. Diese kann durch das bloße Unterlassen nicht mehr ausgeschaltet werden, hier setzt vielmehr die Funktion der Widerrufsverpflichtung an. Sie wird von der h. M. als Beseitigungsanspruch aufgefaßt⁷². Dies setzt freilich voraus, daß man die Emp-

67 Löwe, § 13 Rdn. 14 f.; Schlosser, § 13 Rdn. 36 a. E.; Stein, § 13 Rdn. 8; Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 20. Die beiden letzteren rechnen hierzu auch den Gebrauch von AGB bei konkreten Vertragsangeboten, dazu oben C I 2 a.

68 Zu den terminologischen Ungenauigkeiten »im Felde« der Unterlassungsklagen Baur, JZ 1966, 381.

69 Siehe aber zum Widerruf Schlosser unten Fn. 76.

70 Stein, § 13 Rdn. 13; von Vermutung sprechen Löwe, § 13 Rdn. 10; Ulmer/Hensen, § 13 Rdn. 18; Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 2 d; Dietlein/Rebmann, § 13 Rdn. 8.

71 Zum Störerbegriff siehe bereits oben C I 2 c.

72 Löwe, § 13 Rdn. 2; Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 3 b; Stein, § 13 Rdn. 16.

fehlung bereits als (erfolgte) Beeinträchtigung des geschützten Objekts ansieht⁷³. Zweifel daran ergeben sich daraus, daß durch die Empfehlung als solche die Klauseln noch nicht in den Rechtsverkehr gelangen, vielmehr erst die Gefahr eines solchen Vorgangs entsteht oder verstärkt wird. Ist aber bereits bei den negatorischen Klagen der Begriff der Beeinträchtigung keineswegs eindeutig⁷⁴, so wird eine Klärung um so schwieriger, je abstrahierter das geschützte Rechtsgut ist. An dieser Stelle genügt jedoch die Feststellung, daß das Gesetz in der Empfehlung, auch wenn man sie noch nicht als eine Beeinträchtigung betrachtet, jedenfalls einen derart bedrohlichen Vorgang sieht, daß die Beseitigung dieser Gefahrenquelle den eigentlichen Kern der Widerrufsverpflichtung darstellt. Diese hat damit ebenfalls einen vorbeugenden Charakter⁷⁵ und stellt nicht etwa eine zivilrechtliche »Bestrafung« für unzulässiges Handeln dar⁷⁶, setzt also voraus, daß die Beeinträchtigung bzw. Störung noch fort dauert⁷⁷.

Aus den vorstehenden Ausführungen zeigt sich, daß die Unterlassungs- und Widerrufsverpflichtungen ihrer Struktur nach durchaus Gemeinsamkeiten mit den allgemeinen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen aufweisen. Diese Feststellung bleibt jedoch auf die Passivseite des Rechtsverhältnisses, also auf die Verpflichtetenseite beschränkt. Sie läßt nämlich offen, inwieweit die festgelegten Verpflichtungen mit materiellen Rechten der Klagebefugten korrespondieren. Dazu bedarf es neben einer Einordnung des geschützten Interesses erst der Klärung, in welcher Beziehung die Klagebefugten zu den vom Gesetz statuierten Verpflichtungen stehen. Darauf wird bei den Voraussetzungen der Klagebefugnis näher einzugehen sein.

4. DIE UNWIRKSAMKEIT DER VERWENDETEN ODER EMPFOHLENEN AGB

a) Der allgemeine Prüfungsmaßstab

Der Maßstab, nach dem die Wirksamkeit der verwendeten oder empfohlenen AGB zu beurteilen ist, sind nach § 13 Abs. 1 die Vorschriften der §§ 9–11. Diese Vorschriften enthalten als materiellrechtliches Kernstück des Gesetzes die Rechtsmaßstäbe, an denen nunmehr AGB zu messen sind. Da es nicht Aufgabe und Zweck der vorliegenden Arbeit ist, diese Bestimmungen im einzelnen darzustellen, werden im folgenden nur die Fragen

73 So Löwe, § 13 Rdn. 46.

74 Vgl. an jüngeren Darstellungen vor allem Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 82 ff.; Henckel, AcP 174 (1974), 97 (99 ff.).

75 Ebenso Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 9. – Allgemein zum negatorischen Beseitigungsanspruch dieser Art Henckel, AcP 174 (1974), 97 (99 ff.).

76 In dieser Richtung aber Schlosser, § 13 Rdn. 40 a. F.

77 Löwe, § 13 Rdn. 46; Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 3 b; Stein, § 13 Rdn. 19. – A. A. Schlosser, § 13 Rdn. 38.

herausgegriffen, die in Beziehung auf die Verbandsklage aus systematischen Gründen oder wegen ihres Zusammenhangs mit dem Zweck der verfahrensrechtlichen Regelung relevant werden.

Vom sachlichen Umfang der Inhaltskontrolle her fehlt in § 13 Abs. 1 eine Abstimmung mit der Vorschrift des § 8. Danach sind »gesetzeskonforme« AGB, Leistungsbeschreibungen und Entgeltregelungen von der Inhaltskontrolle nach §§ 9–11 ausgenommen. Dies hat auch für den Prüfungsmaßstab im Rahmen der abstrakten Kontrolle zu gelten, denn es ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber für § 13 die materielle Inhaltskontrolle nach §§ 9–11 auch auf diese AGB-Regelungen ausdehnen wollte⁷⁸. Wegen ihres AGB-Charakters scheiden sie damit aber nicht gänzlich als Gegenstand der Unterlassungs- und Widerrufsklage aus⁷⁹. Soweit ein anderer Prüfungsmaßstab als §§ 9–11 anwendbar ist⁸⁰ und zur Unwirksamkeit führt, ist das abstrakte Verfahren auch gegenüber diesen besonderen AGB möglich und begründet.

Für die Beurteilung von AGB nach §§ 9–11 ist zu beachten, daß im Verfahren nach § 13 eine verwendete, erst recht eine empfohlene Klausel losgelöst von einem konkreten Vertrag zum Gegenstand der Prüfung gemacht wird, während nach den §§ 9 und 10 eine Berücksichtigung konkreter Einzelfallumstände jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Zwar wird für die Angemessenheitsprüfung grundsätzlich auf eine überindividuelle, typisierte Betrachtungsweise abgestellt⁸¹, die Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls jedoch in einem mehr oder minder großen Umfang zugelassen⁸². Für die Angemessenheitskontrolle nach § 13 haben solche Einzelfallumstände außer Betracht zu bleiben⁸³, vielmehr ist allein auf die typische Interessenlage der im Normalfall am jeweiligen Geschäft beteiligten Kreise abzustellen. Soweit man die Art des Rechtsgeschäftes, für das die Klausel verwendet oder empfohlen wird, bereits als konkreten Einzelfallumstand ansieht⁸⁴, ist dies jedoch auch im Verfahren nach § 13 zu berücksichtigen, wie sich aus §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 17 Nr. 2 positivrechtlich ergibt.

Bei der Klage wegen der Verwendung gegenüber dem in § 24 Satz 1 angesprochenen Personenkreis oder wegen einer entsprechenden Empfehlung ist zu berücksichtigen, daß gem. § 24 eine Inhaltskontrolle hier nur im Rah-

78 Ebenso Löwe, § 13 Rdn. 18.

79 A. A. Löwe, § 13 Rdn. 18.

80 Dazu im einzelnen unten b und c.

81 Ulmer/Brandner, § 9 Rdn. 65 f.; Schlosser/Graba, § 9 Rdn. 51; Löwe, § 9 Rdn. 14. – Zur früheren Rechtslage kritisch Brandner, AcP 162 (1963), 236 m. w. N.

82 Weitgehend Stein, § 9 Rdn. 20; Löwe, § 9 Rdn. 14; enger Ulmer/Brandner, § 9 Rdn. 66; Schlosser/Graba, § 9 Rdn. 51.

83 Schlosser, § 5 Rdn. 15; Löwe, § 13 Rdn. 29.

84 So Stein, § 13 Rdn. 6; Löwe, § 13 Rdn. 30.

men von § 9 stattfindet. Zwar hat der Gesetzgeber bezüglich eines Teils dieses Personenkreises bereits in § 13 Abs. 3 eine Spezialregelung⁸⁵ getroffen, die jedoch nur die Klagebefugnis, nicht aber den Kontrollmaßstab betrifft. Als eine den Anwendungsbereich regelnde Vorschrift gilt § 24 Satz 1 mit seiner Einschränkung der Inhaltskontrolle daher auch im Rahmen von § 13.

b) Das Verhältnis zu den §§ 2–5

Wurde bereits für den Prüfungsmaßstab nach §§ 9–11 festgestellt, daß die Unwirksamkeit der AGB eine überindividuelle, von Einzelumständen losgelöste sein muß, so tritt dieser Aspekt verstärkt hervor, wenn man das Verhältnis der §§ 2 ff. zum Prüfungsmaßstab im abstrakten Verfahren untersucht. Die Vorschriften der §§ 2 ff. sind jedenfalls von der Gesetzessystematik her auf einen konkreten Vertrag bezogen, indem sie die Einbeziehung von AGB (§§ 2, 3) in den Vertrag, deren Rangverhältnis zu einer Individualabrede (§ 4) und die Auslegung von AGB (§ 5) regeln. Obwohl die einzelnen Modalitäten eines konkreten Vertragsschlusses bei der abstrakten Kontrolle nach § 13 keine Berücksichtigung finden können, diese andererseits einen solchen auch nicht voraussetzt, so ist dennoch damit das Verhältnis zur Kontrolle nach § 13 noch nicht vollständig geklärt. Zum einen ergeben sich nämlich Konkurrenzprobleme, zum anderen taucht die Frage auf, ob nicht einzelne Vorschriften der §§ 2 ff. als Prüfungsmaßstab für das abstrakte Verfahren in Betracht kommen.

Die Einbeziehungsvorschrift des § 2 ist für die abstrakte Kontrolle nach § 13 ohne Einfluß, da nicht erforderlich ist, daß die Klausel Bestandteil eines konkreten Vertrages geworden ist⁸⁶. Demgemäß ist die Unterlassungsklage wegen Verwendung einer unzulässigen Klausel auch dann begründet, wenn diese schon nach § 2 in keinen Vertrag einfließen kann, da etwa das Verhalten des Verwenders zu keiner Zeit den Anforderungen des § 2 genügt.

Über die Anwendbarkeit des § 3 (überraschende Klauseln) im abstrakten Verfahren finden sich dagegen divergierende Auffassungen: Unter Hinweis auf den Gesetzeszweck wollen *Palandt/Heinrichs*⁸⁷ die Vorschrift als Prüfungsmaßstab für die Unterlassungs- und Widerrufsklage heranziehen, während die überwiegende Meinung⁸⁸ die Berücksichtigung von § 3 ablehnt, das Verhältnis von § 3 zur Inhaltskontrolle jedoch unterschiedlich auffaßt. Die Problematik findet ihren Ausgangspunkt in der bisherigen Rechtsprechung, die keine klare Trennung der Einbeziehungskontrolle von der Inhaltskon-

85 Dazu unten II 2 c.

86 Ebenso *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 2; *Münchener Kommentar (Gerlach)*, § 13 Rdn. 16.

87 § 13 Anm. 2 b.

88 *Löwe*, § 13 Rdn. 23; *Schlosser*, § 13 Rdn. 34; *Stein*, § 13 Rdn. 4; *Münchener Kommentar (Gerlach)*, § 13 Rdn. 15.

trolle vornahm, vielmehr häufig beide Kontrollstufen vermengte⁸⁹. Obwohl das AGBG eine eindeutige systematische Unterscheidung der Einbeziehungsvoraussetzungen und der inhaltlichen Angemessenheitsprüfung trifft, ist die Problemstellung dadurch nicht vollkommen ausgeräumt. Eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche des § 3 und der §§ 9–11 bereitet insofern Schwierigkeiten, als der Überraschungseffekt einer Klausel i. S. von § 3 nie völlig losgelöst von ihrem Inhalt beurteilt werden kann, andererseits in den Katalogen der §§ 10 und 11 Klauseln angeführt sind, deren Unangemessenheit in erster Linie auf ein Überraschungselement zurückgeht. *Schlösser*⁹⁰ läßt es bei dieser Überschneidung bewenden, beschränkt jedoch die Unterlassungs- und Widerrufungsverpflichtung auf die Klauseln, bei denen das Überraschungselement aus deren Inhalt ableitbar ist, während *Stein*⁹¹ bei einer Überschneidung für den Vorrang der §§ 9 ff. eintritt. Die wohl überwiegende Ansicht⁹² wendet § 3 nur dann an, wenn sich der Überraschungseffekt aus konkreten Umständen des Einzelfalls ergibt. Dem ist wegen der systematischen Stellung des § 3 und wegen der Gesetzesmaterialien⁹³ zuzustimmen. Für die aus sich heraus – per se – überraschenden Klauseln wird dadurch der Weg zur Inhaltskontrolle freigehalten, sie unterliegen damit auch dem abstrakten Verfahren nach § 13. Umgekehrt scheidet dann aber § 3 als Prüfungsmaßstab für die abstrakte Kontrolle aus, weil bei dieser die konkreten Umstände eines Einzelfalls keine Berücksichtigung finden können. Der Hinweis von *Palandt/Heinrichs* auf den Gesetzeszweck geht bei diesem Verständnis von § 3 fehl. Vom abstrakten Verfahren sollen diejenigen AGB erfaßt werden, deren Unwirksamkeit auf ihre inhaltliche Unzulässigkeit zurückzuführen ist, nicht aber solche, die wegen des konkreten Verhaltens bei dem Vertragsschluß nicht Vertragsbestandteil geworden sind.

Ein Konkurrenzproblem verbleibt danach nur für den Fall, daß zu einer bereits per se überraschenden (und damit inhaltlich unzulässigen) Klausel noch konkrete Überraschungselemente im Einzelfall hinzutreten. Hier scheitert für den konkreten Vertrag die Einbeziehung bereits an § 3⁹⁴, die abstrakte Kontrolle nach § 13 wird jedoch dadurch nicht ausgeschlossen⁹⁵. Für

89 Vgl. dazu *Löwe*, § 3 Rdn. 2, 7; *Stein*, § 3 Rdn. 1 ff.; *Ulmer*, § 3 Rdn. 5, jeweils m. w. N. zum damaligen Meinungsstand.

90 § 13 Rdn. 34, § 3 Rdn. 2.

91 § 3 Rdn. 6.

92 *Löwe*, § 3 Rdn. 2 ff., § 13 Rdn. 23; *Ulmer*, § 3 Rdn. 8; wohl auch *Palandt/Heinrichs*, § 3 Anm. 1.

93 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 5.

94 *Löwe*, § 3 Rdn. 2 a. E. – A. A. *Stein*, § 13 Rdn. 34, § 3 Rdn. 2; der von ihm vertretene Vorrang der Inhaltskontrolle erweist sich jedoch nicht als haltbar, da nicht einzusehen ist, warum dem betroffenen Vertragsteil der Schutz des § 3 genommen werden sollte.

95 A. A. *Löwe*, § 13 Rdn. 24. – Wie hier Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 15, 16; wohl auch *Ulmer/Hensen* § 13 Rdn. 2.

diese ist es bedeutungslos, ob und warum eine inhaltlich unzulässige Klausel Bestandteil eines bestimmten Vertrages geworden oder nicht geworden ist.

Das Verhältnis des § 4 zur abstrakten Kontrolle gestaltet sich grundsätzlich wie folgt, wobei die dogmatische Einordnung⁹⁶ der Vorschrift des § 4 offenbleiben kann: Eine AGB-Klauseln verdrängende Individualabrede kann schon wegen ihrer Rechtsnatur nicht Gegenstand des Verfahrens nach § 13 sein⁹⁷, die verdrängte AGB-Klausel dagegen unterliegt der Unterlassungs- und Widerrufungsverpflichtung trotz ihres »Nachranges« im konkreten Fall⁹⁸. Im Gegensatz zum Tatbestand des § 1 Abs. 2 verliert die verdrängte Klausel durch das Vorliegen einer Individualabrede nicht ihren AGB-Charakter; inwieweit eine unzulässige Klausel in einer Individualrechtsbeziehung Geltung erlangt, ist für § 13 ohne Belang. Davon zu unterscheiden ist das auch bei § 4 auftretende Problem der Konkurrenz mit der Inhaltskontrolle, da manche der in den §§ 10 f. enthaltenen Regelungen⁹⁹ besondere Ausprägungen des Vorrangsprinzips sind. Soweit man in diesen Konkurrenzfällen § 4 vorgehen läßt¹⁰⁰, kann dies nur in Beziehung auf einen individuellen Vertrag, nicht jedoch für die Unterlassungs- und Widerrufsklage gelten¹⁰¹.

Die Anwendung der Auslegungsregel des § 5 im abstrakten Verfahren wirft ebenfalls Probleme auf. Auch hier kann es notwendig werden, daß vor Prüfung der Angemessenheit einer AGB-Klausel zunächst durch Auslegung ihr Inhalt ermittelt werden muß, wobei die hergebrachten AGB-spezifischen Auslegungsregeln dem Grunde nach herangezogen werden können, von denen mit § 5 eine der wichtigsten zur Klarstellung¹⁰² in das Gesetz aufgenommen wurde. Die Anwendung von § 5 im Rahmen der Wirksamkeitsprüfung nach § 13 ersetzt dabei die Inhaltskontrolle nicht, sondern klärt nur die Vorfrage, welche von mehreren objektiv möglichen Sinndeutungen einer Klausel maßgeblich ist. Trotz dieses recht eindeutigen Ausgangspunktes können sich jedoch erhebliche Unterschiede ergeben, je nachdem, in welcher Richtung § 5 im abstrakten Verfahren eingesetzt wird: Es kann nämlich bei

96 Vgl. dazu *Ulmer*, § 4 Rdn. 7; *Schmidt-Salzer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., S. 121 (beide: Auslegungsregel); *Löwe/Trinkner*, § 4 Rdn. 11 (venire contra factum proprium); offenlassend *Schlosser*, § 4 Rdn. 9.

97 *Löwe*, § 13 Rdn. 23, läßt dies erst an der fehlenden Abstraktionsmöglichkeit scheitern.

98 *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 2, der dies allerdings damit begründet, daß die Klausel trotz ihres Zurücktretens Vertragsbestandteil bleibe – dies ist jedoch ebenso wie bei einer fehlenden Einbeziehung etwa nach § 2 nicht entscheidend.

99 Etwa § 10 Nr. 4, § 11 Nr. 1, 11.

100 So *Löwe/Trinkner*, § 4 Rdn. 12. – A. A. *Schlosser*, § 4 Rdn. 1.

101 *Löwe/Trinkner*, § 4 Rdn. 12; anders wohl *Löwe*, § 13 Rdn. 25.

102 Auf Anregung des Bundesrates, vgl. BT-Drucks. 7/3919 (Reg.-Entwurf), S. 47; BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 5.

mehreren Auslegungsmöglichkeiten entweder darauf abstellt werden, welche einem (potentiellen) Kunden günstiger wäre und dann diese an §§ 9–10 gemessen werden¹⁰³, oder es wird die kundenfeindlichste Möglichkeit der Inhaltskontrolle unterworfen¹⁰⁴. Während in einer Individualrechtsbeziehung zwischen dem Verwender und seinem Kunden nahezu ausschließlich der Vorteil des einen dem Nachteil des anderen entspricht und damit lediglich eine Formulierungsfrage vorliegt, erlangt die Frage für das abstrakte Verfahren Relevanz. Bestehen etwa zwei Auslegungsmöglichkeiten einer Klausel, so kann es der Fall sein, daß die dem Kunden günstige der Inhaltskontrolle standhält, die ungünstige dagegen nicht. Die Unterlassungs- und Widerrufsklage wäre dann nur beim Abstellen auf die zweite Alternative begründet.

Bei einer Stellungnahme zu dem Problem ist der Ansicht zuzustimmen, die im abstrakten Verfahren die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde legt. Es ist also zu Lasten des Verwenders auf diejenige Möglichkeit abzustellen, bei der die abstrakte Klage am ehesten begründet ist, soweit sich diese Auslegung noch im Rahmen der Grundsätze einer objektiven Auslegung bewegt. Schon der Wortlaut des § 5 knüpft an den Nachteil des Verwenders an, daneben ist diese Interpretation aber auch durch den Zweck des abstrakten Verfahrens geboten, denn bei einer Vertragsabwicklung wird der unerfahrene Kunde immer mit der verwendergünstigsten Auslegung konfrontiert werden¹⁰⁵. Obwohl im Individualrechtsstreit auf die kunden günstige Interpretation abzustellen ist, haftet diesen mehrdeutigen Klauseln ein Unwirksamkeitselement an, das ihre Eliminierung im abstrakten Verfahren rechtfertigt. Denn dessen Sinn ist mit *Schlosser*¹⁰⁶ auch darin zu sehen, derartige Klauseln aus dem Verkehr zu ziehen, bevor es zu einer Auseinandersetzung im Individualprozeß kommt. Dies verdeutlicht sich auch aus dem Umstand, daß Schutzobjekt nicht unmittelbar der einzelne Kunde ist, so daß es auf dessen materiellrechtliche Situation ankäme. Diese ist nämlich bereits hinreichend gesichert, sei es wie hier durch die Auslegung zu seinen Gunsten, in den anderen Fällen durch die materielle Unwirksamkeit der unangemessenen Klausel. Die verfahrensrechtliche Regelung verfolgt dagegen das Ziel, es gar nicht erst zu einer solchen Betroffenheit kommen zu lassen, die wegen des bestehenden materiellrechtlichen Schutzes keine rechtliche, sondern lediglich eine tatsächliche Betroffenheit ist. Das abstrakte Verfahren will vielmehr bereits die sich aus der Klausel ergebende Gefährdung ausschließen.

103 So *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 2; *Ulmer*, § 5 Rdn. 18.

104 So *Schlosser*, § 5 Rdn. 4; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 16; *Koch/Stübing*, § 13 Rdn. 7.

105 Ebenso *Schlosser*, § 5 Rdn. 4; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 16 a. E.

106 § 5 Rdn. 4.

Die gleichen Erwägungen sind auch für die Frage maßgebend, ob eine geltungserhaltende Restriktion zu weit formulierter Klauseln im abstrakten Verfahren zulässig ist, ob also Klauseln, die dem Wortlaut nach sowohl unzulässige wie zulässige Regelungen umfassen, auf das rechtlich zulässige Maß zu reduzieren sind. Wird etwa generell die Haftung des Verwenders für seine Erfüllungsgehilfen ausgeschlossen, so ließe sich die Unterlassungsverpflichtung auf den Ausschluß der leichten Fahrlässigkeit (§ 11 Nr. 7) begrenzen. Zweifel ergeben sich aber bereits aus dem Streitgegenstand des abstrakten Verfahrens, das die Unterlassung der Verwendung einer bestimmten Klausel zum Gegenstand hat, so daß eine reduzierte Klausel eher als Aliud denn als Minus aufzufassen wäre. Zudem ist nach zutreffender und überwiegender Ansicht¹⁰⁷ eine solche Restriktion bereits in der Individualrechtsbeziehung zwischen Verwender und seinem Kunden nicht zulässig. Eine AGB-Klausel stellt keine individuell für einen konkreten Fall gebildete Willenserklärung dar, sondern verfolgt allgemein bestimmte Interessen des Verwenders, so daß schon hier eine Verschiebung des Risikos gerechtfertigt ist, die nichts mit pönalen Elementen zu tun hat. Erst recht hat dies im abstrakten Verfahren zu gelten¹⁰⁸. Durch dieses soll die sich aus der Klausel als solche ergebende Gefährdung oder Beeinträchtigung des Rechtsverkehrs verhindert werden. Ein derartiger Tatbestand ist hier bereits gegeben, denn diese zwar inhaltlich, nicht aber ihrem Wortlaut nach teilbaren Klauseln bergen die Gefahr in sich, daß sie de facto einer Vertragsabwicklung zugrunde gelegt werden und damit eine Wirkung entfalten können, die der materiellen Rechtslage widerspricht.

c) Vorschriften außerhalb des AGBG als Prüfungsmaßstab

Nach herrschender Ansicht¹⁰⁹ ist die Unterlassungs- und Widerrufsverpflichtung nach § 13 nach dann gegeben, wenn die Unwirksamkeit der AGB nicht aus der spezifischen Inhaltskontrolle nach dem AGBG folgt, sondern auf einem Verstoß gegen andere gesetzliche Vorschriften zwingenden In-

107 Schlosser, § 6 Rdn. 9; Löwe, § 6 Rdn. 2; Stein, § 5 Rdn. 12; Palandt/Heinrichs, §§ 4, 5 Anm. 4. – A. A. Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., S. 159 f., 197 ff.; Ulmer, § 6 Rdn. 20; Ulmer/Brandner, § 9 Rdn. 93; Münchener Kommentar (Kötz), § 6 Rdn. 8 ff. – Differenzierend neuerdings Götz, NJW 1978, 2223; Kötz, NJW 1979, 785.

108 Löwe, § 15 Rdn. 4; Schlosser, § 6 Rdn. 12; Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 18.

109 Löwe, § 13 Rdn. 20, 21; Schlosser, § 13 Rdn. 34; Koch/Stübing, § 13 Rdn. 9 f. – Enger Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 2 b: Sofern die verletzte Norm die gleiche Schutzrichtung wie die §§ 9 ff. habe; ähnlich Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 17. – A. M. Ulmer/Hensen, § 13 Rdn. 14 (nur wenn die Verstöße zugleich Fälle des § 9 darstellen).

halts beruht¹¹⁰. Zur Begründung wird in erster Linie auf den Schutzzweck der verfahrensrechtlichen Regelung abgestellt. AGB, die wegen Verstoßes gegen anderes zwingendes Recht unwirksam sind, seien genauso geeignet, den Rechtsverkehr zu stören wie solche AGB, die gegen AGB-spezifische Normen verstoßen. Erwähnt werden hierfür etwa Verstöße gegen §§ 125, 134, 138, 537 Abs. 3, 619 BGB, gegen das AbzG, das FernUSG sowie gegen § 38 ZPO.

Diese Auffassung wird von *Stein*¹¹¹ für die Fälle, in denen eine Klausel nur gegen § 134 BGB oder § 138 BGB verstößt, nicht geteilt. Angesichts der weiten Formulierung des § 9 seien diese Fälle nämlich dadurch gekennzeichnet, daß die Gründe für die Nichtigkeit in der Verletzung anderer, speziell öffentlicher Interessen zu finden sei, nicht aber in der Benachteiligung des Vertragsgegners. Von daher müsse eine Aktivlegitimation der Verbände systemwidrig erscheinen.

Damit werden im Grunde zwei unterschiedliche Aspekte angesprochen: zum einen, ob es vom Zweck der verfahrensrechtlichen Regelung her geboten ist, nach den Gründen der Unwirksamkeit von AGB zu fragen, zum andern, inwieweit bei Beachtlichkeit einer solchen Differenzierung die innere Rechtfertigung der Klagebefugnis¹¹² der Verbände bei einem Teil der Unwirksamkeitsgründe nicht mehr gegeben wäre. Zum letzteren Gesichtspunkt wird unten¹¹³ noch festzustellen sein, daß die Legitimation der Verbände keineswegs in einen Zusammenhang dergestalt eingebettet ist, daß sie etwa strikt mit den Unwirksamkeitsgründen nach dem AGBG verbunden wäre. Die Verbände stehen vielmehr diesen genauso fern wie in den Fällen, in denen die Mißbilligung von AGB auf anderen Gründen beruht. Zudem liegt bei dem von *Stein* angeführten Belang der Benachteiligung des Vertragsgegners kein, jedenfalls kein diametraler Gegensatz zu öffentlichen Interessen vor. Der erste Einwand, das abstrakte Verfahren sei nur bei inhaltlicher Unangemessenheit nach dem AGBG gegeben, hat – wie *Stein* zuzugestehen ist – sicher den Wortlaut des § 13 Abs. 1 für sich. Für diese teleologische Frage ist damit aber nicht viel gewonnen; entscheidende Bedeutung kommt allein Sinn und Zweck der verfahrensrechtlichen Regelung zu. Danach sollen unzulässige AGB aus dem Verkehr gezogen werden, wobei

110 Die Gesetzesmaterialien enthalten keine Begründung für die Beschränkung des Prüfungsmaßstabs auf die §§ 9–11; These 1 Abs. 2 des Zweiten Teilberichts führte dagegen ausdrücklich das sonstige zwingende materielle Recht als Prüfungsmaßstab an.

111 § 13 Rdn. 5.

112 Daß *Stein* hier den Begriff der Aktivlegitimation gebraucht, beruht auf der von ihm getroffenen Einordnung des Rechtsinstituts als materiellrechtlicher Anspruch, vgl. § 13 Rdn. 8. Für den vorliegenden Zusammenhang spielt es keine Rolle, ob die Berechtigung der Verbände prozessualer oder bereits materiellrechtlicher Natur ist.

113 Siehe dazu C II 2 c.

die Unzulässigkeit aus der Mißbilligung des Inhalts der AGB zu folgen hat. Dies trifft auch auf Klauseln zu, die gegen andere gesetzliche Vorschriften verstoßen. Das Anliegen, eine Benachteiligung des anderen Vertragspartners zu verhindern, ist zwar prägende Leitlinie des sachlich-rechtlichen Teils des AGBG. Mit dem Verfahren nach § 13 soll dagegen verhindert werden, daß unwirksame AGB der Abwicklung von Einzelrechtsbeziehungen zugrunde gelegt werden und sich dadurch ein der objektiven Rechtslage widersprechender Zustand ergibt. Eine Verdrängung der Wertungen des objektiven Rechts ist aber auch bei Unwirksamkeit nach Vorschriften zwingenden Inhalts gegeben. Daß deren Hauptzweck oft auf die Wahrnehmung spezieller Interessen gerichtet und damit nicht rein AGB-spezifischer Natur ist, steht dem nicht entgegen. Das Verhalten des Verwenders oder Empfehlers wird deswegen einer Kontrolle unterworfen, weil sich die Aufstellung von AGB einseitig vollzieht. Die Berücksichtigung der Interessen der Vertragspartner ist bei der Ausgestaltung von AGB dabei zwar die wichtigste, nicht aber die alleinige Schranke. Die (berechtigte) Skepsis, ob bei der Aufstellung von AGB die rechtlichen Wirksamkeitsgrenzen beachtet worden sind, besteht aber insgesamt, weil sie nicht aus der möglichen Verletzung bestimmter Schranken entspringt, sondern aus der Einseitigkeit der Aufstellung herrührt.

Insofern ist auch die Einschränkung fehl am Platz, daß das (sonstige) zwingende Recht nur dann als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sei, soweit es irgendwie dem besonderen Schutz des Publikums, der potentiell »betroffenen« Vertragspartner diene¹¹⁴. Denn diese Betroffenheit ist rein faktischer Art und besteht für den einzelnen in der Schwierigkeit der Erkennung und Durchsetzung der wahren Rechtslage gegenüber dem Geltungsanspruch der AGB und der meist stärkeren wirtschaftlichen Position des Verwenders. Diese auf der Rechtsdurchsetzungsebene liegende Benachteiligung des Vertragspartners hängt aber nicht davon ab, aus welchem Grund die Rechtsposition, die der Verwender aufgrund seiner AGB durchzusetzen versucht, nach materiellem Recht nicht gegeben ist. Wenn man Verstöße gegen zwingendes Recht ausklammert, ergäbe sich im übrigen auch aus der Existenz des eingeführten Kontrollverfahrens eine bedenkliche Rückwirkung. Dessen Ziel würde teilweise entwertet, wenn der Verwender gegenüber einem unerfahrenen Kunden auch noch mit dem Hinweis auftreten könnte, daß die entsprechenden Klauseln im Kontrollverfahren unbeanstandet geblieben seien¹¹⁵.

Von der angesprochenen Problematik zu trennen ist dagegen, daß sich bei Anwendung mancher der erwähnten Normen, wie etwa § 138 BGB, häufig die Unwirksamkeit der AGB nur nach Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls beurteilen läßt. Da bei Prüfung der AGB im abstrakten Verfah-

114 Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 17.

115 Insofern zutreffend Koch/Stübing, § 13 Rdn. 9.

ren ein überindividueller Maßstab anzulegen ist¹¹⁶, haben solche Einzelfallumstände außer Betracht zu bleiben¹¹⁷.

II. Die Klagebefugnis

1. DER KREIS DER KLABEFUGTEN

a) Allgemeine

§ 13 Abs. 2 regelt die Frage, von wem die Einhaltung der in Abs. 1 normierten Verpflichtungen geltend gemacht werden kann. Nach seinem Wortlaut legt Abs. 2 in abschließender Weise¹¹⁸ fest, daß nur den aufgeführten Verbänden die Klagebefugnis zusteht. Der Gesetzgeber hat sich damit bei der Auswahl der klagebefugten Verbände vor allem an die in § 13 UWG bestehende Regelung angelehnt¹¹⁹.

Ob durch § 13 Abs. 2 den Verbänden zugleich auch die materiellrechtliche Inhaberschaft der in Abs. 1 genannten Ansprüche zugewiesen wird und wie weit diese überhaupt dem materiellrechtlichen Anspruchsbegriff unterfallen, wird erst an späterer Stelle zu erörtern sein. Zuvor ist es nämlich erforderlich, den Kreis der Klagebefugten abzustecken, ihre Beziehungen zu dem vom Gesetzgeber geregelten Problem aufzuzeigen und dessen Motivation bei der »Auswahl« der Klagebefugten darzustellen.

b) Die in § 13 Abs. 2 aufgeführten Verbände

aa) Verbraucherverbände

Das Gesetz nennt an erster Stelle rechtsfähige Verbände, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen. Unter einem Verband ist ein Zusammenschluß von (natürlichen oder juristischen) Personen oder Vereinigungen zur Förderung gemeinsamer Interessen zu verstehen¹²⁰. Nach dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Verbandsbegriff kann es sich dabei auch um einen öffentlich-rechtlichen Zusammenschluß handeln¹²¹, wenn dessen Auf-

116 Dazu oben C I 4 a.

117 So etwa regelmäßig bei Sittenwidrigkeit einer Globalzession nach § 138 BGB; insoweit richtig *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 14 a. E. – *A. A. Koch/Stübing*, § 13 Rdn. 9.

118 Zur Frage, ob entgegen dem Wortlaut auch andere Personen oder Institutionen in Betracht kommen, siehe unten b cc und c.

119 Vgl. BT-Drucks. 7/5422, S. 10.

120 Zum Verbandsbegriff siehe auch *Lange*, Die Rechtsstellung der Interessenverbände (Diss.), S. 25 ff.

121 Vgl. dazu unten b cc.

gabenbereich die in § 13 Abs. 2 Nr. 1 ausgesprochenen Ziele umfaßt. Da dies derzeit nicht gegeben ist, kommen als rechtsfähige Verbände nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 nur eingetragene Vereine in Betracht¹²².

Der Verband muß sich zur satzungsgemäßen Aufgabe gemacht haben, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, braucht sich jedoch nicht ausschließlich diesen Aufgaben- und Tätigkeitsbereich zum Zweck gesetzt zu haben, sondern kann daneben auch auf die Wahrnehmung anderer Ziele gerichtet sein¹²³. Die Verfolgung von Verbraucherinteressen muß aber nach der h. M. die Hauptaufgabe des Verbandes darstellen; es genügt nicht, wenn Verbraucherinteressen nur nebenbei verfolgt werden¹²⁴.

Andererseits darf aber der Verbandszweck nicht allein darauf beschränkt sein, lediglich die Verbraucherinteressen seiner Mitglieder zu vertreten¹²⁵, auch wenn dies in Form der Aufklärung und Beratung der Mitglieder geschieht. Diese herrschende Auffassung wird von *Hefermehl*¹²⁶ für das Wettbewerbsrecht mit dem Hinweis begründet, daß eine solche auf den eigenen Mitgliederkreis begrenzte Interessenwahrung nicht dem Zweck der Verbandsklage entspreche, die der gesamten Verbraucherschaft oder doch einem weiten, nicht geschlossenen Personenkreis zugute kommen solle. Soweit der Verband allerdings eine beträchtliche Mitgliederzahl habe, falle die Wahrung der Mitgliederinteressen mit der Wahrung der Interessen der Verbraucherschaft schlechthin zusammen.

Allerdings ist der Zusammenhang zwischen dem Ziel der Verbandsklage und den »Legitimationsvoraussetzungen« des Verbandes nicht in dem Sinn zwingend, daß die Gemeinnützigkeit und der Kontrollzweck bei Klagen anderer Personen oder Institutionen zu verneinen wäre¹²⁷. Aber die Entscheidung des Gesetzgebers ist eben dahin gehend gefallen, daß er nur bestimmte Verbraucherverbände betraut hat, und für die Frage, welche hierzu rechnen, ist durchaus erkennbar, daß es ihm auf eine gewisse Parallelität zwischen deren satzungsmäßiger Tätigkeit und der Zulassung zur Verbandsklage ankommt. Dies gilt sowohl für die Einschränkung der Klagebefugnis

122 Löwe, § 13 Rdn. 69; Schlosser, § 13 Rdn. 21.

123 Schlosser, § 13 Rdn. 23; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 20; Hefermehl, GRUR 1969, 653 (655).

124 Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 4 a; Löwe, § 13 Rdn. 68; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 20; Hefermehl, GRUR 1969, 653 (654). – A. A. Schlosser, § 13 Rdn. 23; Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 39.

125 Schlosser, § 13 Rdn. 23; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 20; Hefermehl, GRUR 1969, 653 (655). – A. A. Borde, WRP 1965, 319 (321); OLG Celle DB 1969, 1982.

126 GRUR 1969, 653 (655).

127 Insofern zutreffend Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 40.

in sachlicher und räumlicher Beziehung¹²⁸ wie auch für die generelle Zwecksetzung des Verbandes. Diese muß also jedenfalls teilweise »uneigennützig« sein und darf sich nicht ausschließlich auf die Mitgliederinteressen beschränken. Nur diesen Verbänden ist – wie *Hefermehl* in anderem Zusammenhang¹²⁹ ausführt – gewissermaßen zur Vervollkommenheit ihres Aufgaben- und Tätigkeitsgebietes der Klagebefugnis eingeräumt worden.

Aus der vom Gesetz festgelegten Satzungsaufgabe folgt auch, daß solche Verbände nicht klagebefugt sind, die sich ausschließlich die Wahrnehmung von Klagen aus § 13 zum Ziel gesetzt haben¹³⁰. Zwar werden auch hier Interessen der Verbraucherschaft verfolgt, aber eben nicht durch Aufklärung und Beratung.

Die satzungsgemäße Festlegung der Wahrnehmung von Verbraucherinteressen allein reicht nach h. M.¹³¹ jedoch zur Klagebefugnis nicht aus, hinzu kommen muß auch die tatsächliche Wahrnehmung der Aufgaben. Diese Auslegung entspricht den Gesetzesmaterialien¹³² sowie der h. M.¹³³ zur entsprechenden Problematik bei § 13 Abs. 1 a UWG. Dort wird sie mit dem Hinweis auf die gesetzliche Privilegierung der Verbraucherverbände begründet, die nur dann gerechtfertigt sei, wenn neben dem »formalen« Satzungskriterium auch tatsächlich Verbraucherinteressen wahrgenommen werden¹³⁴. Ferner könnten nur so die Mißstände verhindert werden, daß durch Vereinsgründungen zur ausschließlichen Führung von Wettbewerbsprozessen im Grunde nicht Interessen der Allgemeinheit, sondern solche Privater verfolgt werden¹³⁵.

Diese Argumentation ist im Bereich des Wettbewerbsrechts nicht unwidersprochen geblieben¹³⁶. Da die Verbandsklagebefugnis in erster Linie im Allgemeininteresse bestehe, würden die von den Klagebefugten verfolgten Interessen und Motive zugunsten der Effektivität der objektiven Rechtskontrolle in den Hintergrund treten, die Klagebefugnis sei motivunabhängig

128 Dazu unten unter 2.

129 GRUR 1969, 653 (654).

130 Schlosser, § 13 Rdn. 23; Löwe, § 13 Rdn. 70.

131 Löwe, § 13 Rdn. 72; Schlosser, § 13 Rdn. 22; Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 4 a bb. – A. A. Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 40; Koch/Stübing, § 13 Rdn. 28.

132 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 11.

133 BGH NJW 1972, 1988; Hefermehl, GRUR 1969, 653 (656); Pastor, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 419 f.; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 21. – A. A. Borck, WRP 1965, 319.

134 Hefermehl, GRUR 1969, 653.

135 Pastor, GRUR 1969, 571, der für diese Verbände den Begriff »Vereine zur Förderung anwaltlicher Gebühreninteressen« geprägt hat; ferner Hefermehl, GRUR 1969, 653.

136 Knieper, NJW 1971, 2251; skeptisch auch Lehrmann, WRP 1972, 287 (289 ff.); Schlosser, § 13 Rdn. 22.

geworden¹³⁷. Für das AGBG ist dieser Meinungsstreit um die tatsächliche Wahrnehmung der satzungsgemäßen Aufgaben kraft der eindeutigen gesetzgeberischen Vorstellung entschieden. Diese kommt auch im Wortlaut von § 13 Abs. 2 Nr. 1 hinreichend zum Ausdruck, wonach »in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände« gefordert sind. Angesichts des klaren Willens des Gesetzgebers wäre es zu formal, dieses Merkmal allein auf die (Unter-)Verbände von Dachverbänden, nicht aber auf die andere Alternative eines aus natürlichen Personen zusammengesetzten Verbandes zu beziehen.

Die Gegenansicht kann sich letztlich nur auf ein tiefes rechtspolitisches Unbehagen stützen¹³⁸ und muß die Klage als »Aufklärung und Beratung« des Beklagten ansehen¹³⁹. Zwar ist zuzugeben, daß das aus dem UWG-Bereich bekannte Problem der unseriösen Verbände in erster Linie durch die in § 13 Abs. 2 Nr. 1 letzter Satzteil vorgeschriebenen Anforderungen an die Organisationsstruktur des Verbandes bewältigt werden sollte¹⁴⁰. Dieses an objektiven Abgrenzungskriterien ausgerichtete Merkmal hat im Gesetzgebungsverfahren den Vorzug gegenüber dem Vorschlag erhalten, die Klagebefugnis von einer allgemeinen behördlichen Erlaubnis abhängig zu machen¹⁴¹. Aber die doppelte Berücksichtigung eines Problems durch zwei nebeneinanderstehende, sich nicht ausschließende Anforderungen läßt es nicht zu, de lege lata eine als entbehrlich zu streichen.

Daß neben der festgelegten Mindeststärke auch die tatsächliche Wahrnehmung der Aufgaben erforderlich ist, ergibt für die Legitimation des Verbraucherverbandes, daß diese weniger aus der Repräsentation der betroffenen Verbraucherschaft abzuleiten ist¹⁴², sondern mehr aus der funktionellen Betätigung in dem entsprechenden gesellschaftlichen Bereich.

Die Anforderung an die Organisationsstruktur des Verbandes ist alternativer Art. Zum einen ist klageberechtigt der Verband, der auf dem Gebiet der Verbraucheraufklärung und Beratung tätige Verbände als Mitglieder hat, wobei als Mindestzahl zwei ausreichend sind¹⁴³. Damit sind in erster Linie die Dachorganisationen angesprochen, deren Mitglieder fast ausschließ-

137 Knieper, NJW 1971, 2254; zustimmend Kötz, in: Homburger/Kötz, Privater im öffentlichen Interesse, S. 95 Fn. 57.

138 Vgl. Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 40, 33; vor § 13 Rdn. 15.

139 Dies ist ebenso wenig haltbar wie die ähnliche Argumentation beim Problem der Erstattungsfähigkeit von Abmahnkosten, daß die Abmahnung ein Geschäft des Verletzers darstellen soll, siehe dazu unten F II 2.

140 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 11; Stenogr. Protokoll des Rechtsausschusses, 99. Sitzung, S. 38; Schlosser, § 13 Rdn. 27.

141 Vgl. dazu B III 1 und 3.

142 A. A. Löwe, § 13 Rdn. 67.

143 Schlosser, § 13 Rdn. 26; Löwe, § 13 Rdn. 73, Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 4 a cc.

lich Verbände sind¹⁴⁴. Hinsichtlich der eingegliederten Verbände ist keine Rechtsfähigkeit oder bestimmte Mitgliederzahl erforderlich, soweit die genannten Verbraucheraufgaben tatsächlich wahrgenommen werden. Ihre satzungsgemäße Festlegung bei dem eingegliederten Verband ist nicht notwendig¹⁴⁵.

Der Dachverband kann neben den tätigen Verbrauchervereinen auch andere Vereine oder Gewerbetreibende als Mitglieder haben. Eine Art von Gegnerfreiheit ist damit keine Voraussetzung für die Klagebefugnis¹⁴⁶. Dies ergibt sich schon daraus, daß Gewerbetreibende sowohl in ihrer privaten Eigenschaft als auch – jedenfalls teilweise – in ihrer geschäftlichen Stellung ebenfalls Verbraucher sind, ferner aus dem Umstand, daß die speziellen gewerblichen Interessen oftmals mit denen der Verbraucherschaft parallel laufen. Der Einwand der Gegenansicht, Gewerbetreibende und Letztverbraucher seien wirtschaftliche Gegenspieler, die sich gegenseitig ausschließen, mag zwar für das Wettbewerbsrecht von gewisser Bedeutung sein, das AGBG ist jedenfalls nicht auf eine derart eindeutige Polarisierung aufgebaut.

Die alternative Voraussetzung für die Verbandsstruktur ist ein Mitgliederbestand von 75 natürlichen Personen. Dieses Merkmal ist rein formal zu verstehen. Auch wenn bei dem Zusammenschluß im Hintergrund das Motiv mitspielt, Anwälten Prozesse zu verschaffen, steht ihm die Klagebefugnis zu, soweit hinreichend verbraucherbezogene Aufklärungs- und Beratungstätigkeit betrieben wird¹⁴⁷. Diese Auslegung rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber zur Ausschaltung unseriöser Gruppierungen allein auf äußere Kriterien abgestellt hat.

bb) Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen

§ 13 Abs. 2 Nr. 2 ist wörtlich an die Formulierung in § 13 Abs. 1 UWG angelehnt, entsprechend wird von der Kommentarliteratur auf die dort herrschende Auslegung Bezug genommen. Danach unterfallen dem Begriff der gewerblichen Interessen auch solche Interessen, die nach anderen Gesetzen keine »gewerblichen« sind¹⁴⁸, damit auch die Interessen freiberuflich

144 Vgl. dazu Anlage 2 des Berichts der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik, BT-Drucks. 6/2724.

145 Schlosser, § 13 Rdn. 26.

146 Schlosser, § 13 Rdn. 26; Stein, § 13 Rdn. 26; für das Wettbewerbsrecht Hefermehl, GRUR 1969, 653 (658); Lehmann, WRP 1972, 285 (291). – A. A. Pastor, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 418.

147 Schlosser, § 13 Rdn. 27; für das Wettbewerbsrecht Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 23.

148 Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., Einf. UWG Rdn. 193 ff.; Schlosser, § 13 Rdn. 29.

Tätiger und der Landwirte¹⁴⁹. Im Gegensatz zu den Verbraucherverbänden ist nach der h. M. eine ausdrückliche satzungsmäßige Festlegung des entsprechenden Verbandszwecks jedoch nicht erforderlich, soweit sich dieser aus der Satzung hinreichend deutlich erkennen läßt¹⁵⁰. Auch soll es hier genügen, daß die Förderung gewerblicher Interessen nur ein Nebenzweck und nicht das prägende Merkmal des Verbandes ist¹⁵¹. Ferner wird die Klagebefugnis auch einem solchen Verband zuerkannt, dessen hauptsächlichster oder einziger Satzungszweck es ist, Ansprüche aus § 13 geltend zu machen¹⁵², oder der lediglich die Interessen eines seiner Mitglieder vertritt¹⁵³. Aus dem Gesetzeswortlaut des § 13 Abs. 2 Nr. 2 ergibt sich schließlich, daß Anforderungen an die Organisationsstruktur des Verbandes nicht gestellt sind. Es ist nicht erforderlich, daß der Verband ausschließlich oder überwiegend aus Gewerbetreibenden besteht¹⁵⁴.

Die Anforderungen an die in Nr. 2 angesprochenen Verbände sind damit teils kraft Gesetzes, teils kraft hergebrachter Auslegung weniger streng als bei den Verbraucherverbänden. Die Unterschiede lassen sich nicht allein mit dem Umstand erklären, daß in der Praxis bei den Wirtschaftsverbänden »unseriöse« Verbände in weit geringerem Maße in Erscheinung getreten sind¹⁵⁵, zumal wenn man zuläßt, daß die Vereinsmitglieder keine Gewerbetreibenden sein müssen¹⁵⁶. Für die Interpretation, daß der einzige Satzungszweck des Vereins die Wahrnehmung der Ansprüche aus § 13 sein kann, bringt Löwe¹⁵⁷ eine wettbewerbsrechtliche Begründung: Diese Verbände nehmen durch ihre Tätigkeit mittelbar die Interessen der branchengleichen und – verwandten Gewerbetreibenden wahr, denn die Verwendung unzulässiger AGB kann durchaus den Wettbewerb verzerren, ohne daß

149 Dies wird ausdrücklich auch in BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 11, klargestellt.

150 Löwe, § 13 Rdn. 79; Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 4 b bb; enger wohl Schlosser, § 13 Rdn. 29.

151 Löwe, § 13 Rdn. 79; Schlosser, § 13 Rdn. 29. – Zum Wettbewerbsrecht etwa BGH GRUR 1965, 485.

152 Löwe, § 13 Rdn. 79; Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 4 b bb; Schlosser, § 13 Rdn. 29; Lehrmann, WRP 1972, 285 (287). – A. A. Pastor, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 406 f.

153 Schlosser, § 13 Rdn. 29; Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 4 b cc; Pastor (Fn. 152), S. 405, 411.

154 Schlosser, § 13 Rdn. 30; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 13; BGH GRUR 1971, 516, wenn er »jedenfalls« überwiegend aus Gewerbetreibenden besteht. – A. A. Pastor (Fn. 152), S. 407.

155 Darauf stellt wenigstens teilweise Schlosser, § 13 Rdn. 30, ab.

156 Vgl. zur Gründung von Wirtschaftsverbänden durch Letztverbraucher, speziell durch Anwälte, Wilke, GRUR 1969, 486.

157 § 13 Rdn. 79; ähnlich auch Zweiter Teilbericht, S. 40.

ein Einschreiten nach dem UWG eröffnet ist. Danach würde die Zulassung der Wirtschaftsverbände im wesentlichen auf einem wettbewerbsrechtlichen Aspekt beruhen. Die in § 13 sanktionierten Handlungen wären damit für den Bereich der Gewerbetreibenden quasi als weitere unzulässige Wettbewerbshandlungen i. S. von § 1 ff. UWG anzusehen.

Allerdings wird der gewerbliche Personenkreis durch die Verwendung unzulässiger AGB nicht allein wettbewerbsrechtlich betroffen, sondern auch – insoweit wie jeder andere – in der (potentiellen) Stellung als Vertragspartner eines Verwenders. Zwar unterfällt dieser Kreis zumeist § 24 Satz 1 Nr. 1, der jedoch die Inhaltskontrolle nur teilweise ausschließt¹⁵⁸. Dennoch bietet das hinzutretende wettbewerbsrechtliche Element eine Rechtfertigung für die weniger strengen Anforderungen an die Klagebefugnis der Wirtschaftsverbände.

cc) Öffentlich-rechtliche Verbände

Die in § 13 Abs. 2 Nr. 2 aufgeführten Verbände sind Körperschaften des öffentlichen Rechts¹⁵⁹. Ihre Erwähnung durch den Gesetzgeber hat lediglich klarstellende Bedeutung, ihre Zulassung beruht auf keiner anderen Funktion als derjenigen der in Nr. 2 aufgeführten Verbände. Bereits die Rechtsprechung zu § 13 Abs. 1 UWG¹⁶⁰ hatte nämlich auch öffentlich-rechtliche Rechtspersönlichkeiten unter den Begriff der gewerblichen Verbände subsumiert. Entsprechend der gesetzgeberischen Vorstellung¹⁶¹ sind die in § 13 Abs. 2 Nr. 3 genannten Verbände lediglich als Beispielfälle der in Nr. 2 genannten Verbände anzusehen. Daraus folgt aber auch, daß vergleichbare öffentlich-rechtliche Verbände, die nicht in Nr. 3 aufgeführt sind, ebenfalls klageberechtigt sind, wie etwa Anwalts- und Ärztekammern¹⁶². Ein Umkehrschluß aus der Tatsache, daß Abs. 2 nach seinem Wortlaut (»nur«) eine abschließende Aufzählung der Klagebefugten enthält, ist bezüglich der öffentlich-rechtlichen Verbände damit nicht zulässig.

c) Klagebefugnis anderer Personen und Institutionen

Abgesehen von dieser systematischen Erweiterung bei den öffentlich-rechtlichen Verbänden sind andere als die in Abs. 2 aufgeführten Personen und Vereinigungen nicht klagebefugt. Dies folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift sowie aus der eindeutig formulierten gesetzgeberischen Vorstel-

158 Zum Umfang siehe *Löwe/Graf von Westphalen*, § 24 Rdn. 12 ff.; *Ulmer/Brandner*, § 24 Rdn. 19 ff.

159 Vgl. § 3 Abs. 1 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern; § 90 Abs. 1 HandwO.

160 Vgl. die Aufzählung bei *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 17.

161 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 11.

162 *Löwe*, § 13 Rdn. 83, 85, 86; *Schlosser*, § 13 Rdn. 31.

lung¹⁶³. Insbesondere ist der einzelne, von unzulässigen Klauselwerken betroffene Vertragspartner nicht zur Erhebung der Klage nach § 13 berechtigt¹⁶⁴. Sein Rechtsschutz bleibt auf eine Zwischenfestsetzung bzw. Feststellungsklage (§ 256 Abs. 2, 1 ZPO) im Individualprozeß beschränkt, soweit ein Rechtsschutzbedürfnis bzw. Feststellungsinteresse vorliegt. Auch ein Mitbewerber im wettbewerbsrechtlichen Sinn ist nicht klagebefugt¹⁶⁵. Soweit eine Verwendung unzulässiger AGB im Einzelfall einen Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs erfüllt (vor allem § 1 UWG), besteht eine Klagebefugnis nur im Rahmen des UWG. Einer solchen Klage kommen nicht die Urteilswirkungen der AGB-Kontrollklage zu, insbesondere nicht die Wirkung des § 21¹⁶⁶.

Mit dem Ausschluß von Einzelpersonen von der Klagebefugnis ist erstmals eine »monopolisierte« Verbandsklage eingeführt worden. Die bisher bestehenden Verbandsklageformen¹⁶⁷ sind nämlich dadurch geprägt, daß dort das Klagerecht der jeweils Betroffenen im Vordergrund steht, während die Zulassung der Verbände eine Ausdehnung darstellt. Das Verbandsklagerecht wird dabei durchweg damit begründet, daß die betreffenden Vorschriften nicht nur die Mitbewerber schützen, sondern auch die Möglichkeit eröffnen sollen, im öffentlichen Interesse den Auswüchsen in dem jeweiligen Bereich entgegenzutreten zu können¹⁶⁸. Für das ausschließliche Verbandsklagerecht im AGBG findet dies eine Parallele, da als Schutzobjekt lediglich der Rechtsverkehr und das Allgemeininteresse, diesen von unzulässigen AGB freizuhalten, anzusehen ist.

2. DER UMFANG DER KLABEFUGNIS

a) Der grundsätzliche Umfang

Einem Verband, der die in § 13 Abs. 2 festgelegten Anforderungen erfüllt, steht grundsätzlich die Klagebefugnis für den Unterlassungs- und Widerrufsanspruch zu, ohne daß weitere Voraussetzungen gegeben sein müßten. Es ist nicht erforderlich, daß durch die Verwendung oder Empfehlung unzulässiger AGB der Verband selbst oder eines seiner Mitglieder konkret beein-

163 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 11.

164 Zu einer solchen Regelung im CDU/CSU-Entwurf siehe oben B III 1.

165 Palandt/Heinrichs, § 13 Anm. 4; Schlosser, § 13 Rdn. 23.

166 Ebenso Stein, § 13 Rdn. 24; Löwe, § 13 Rdn. 57; unklar Schlosser, § 13 Rdn. 32, nach dessen Formulierung in diesem Fall auch auf eine Klagebefugnis nach dem AGBG geschlossen werden könnte.

167 § 13 Abs. 1, 1 a UWG, § 12 Abs. 1 RabattG, § 35 Abs. 2 GWB, § 2 Abs. 1 ZugabeVO.

168 Zum UWG: etwa BGH NJW 1970, 243; NJW 1967, 2402; Hefermehl, FS für Nipperdey, S. 283 (296); zur ZugabeVO: BGH NJW 1956, 911. – Allgemein Pastor, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 400 m. w. N.

trächtig ist. Zu Mißverständnissen führt insoweit die teils gebräuchliche Formulierung¹⁶⁹, der Verband müsse selbst verletzt sein. Sachlich wird damit aber nur das Merkmal der satzungsgemäßen Zuständigkeit angesprochen, das unten noch darzustellen ist und von einer Rechtsverletzung zu unterscheiden ist.

Bei einem Verbraucherverband kann die Klagebefugnis nicht von einer Relation zwischen seiner Mitgliederzahl oder dem Umfang verbraucherbezogener Aufklärungs- und Beratungsarbeit einerseits und der Zahl der zu führenden Abmahnungen und Gerichtsverfahren andererseits abhängig gemacht werden¹⁷⁰. Abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten bei der Feststellung, welches von mehreren gleichzeitig anhängigen Verfahren dann »übermäßig« sein soll, ergibt sich für eine solche Einschränkung keinerlei Anhalt.

Die Gegenansicht stellt entscheidend auf die Frage des Kostenrisikos ab: Bei einer »übermäßigen« Prozeßführung werde oft die Leistungsfähigkeit des Verbandes zur Kostenerstattung eines verlorenen Prozesses gefährdet. Jedoch ist damit lediglich ein Risiko angesprochen, das im Grunde jeden Beklagten trifft. Ferner hat der Gesetzgeber durch § 22 den Verfahrenstreitwert gerade zugunsten¹⁷¹ der Verbände nach oben hin beschränkt, um deren Prozeßkostenrisiko zu vermindern.

b) Beschränkung durch die Verbandssatzung

Eine Einschränkung der Klagebefugnis eines Verbandes kann sich jedoch daraus ergeben, daß dieser in seiner Satzung sein Aufgabengebiet auf bestimmte Bereiche beschränkt. Für diesen Fall fehlt ihm die Klagebefugnis für solche Handlungen, die den (selbstbestimmten) Interessenbereich des Verbandes nicht mehr berühren¹⁷². Wie bereits angedeutet, ist diese Beschränkung nicht identisch mit der Frage einer eigenen Rechtsverletzung des Verbandes oder eines seiner Mitglieder. In einer grundlegenden Entscheidung zum Antragsrecht eines gewerblichen Verbandes hat bereits das RG¹⁷³ darauf hingewiesen, daß der Verband eine selbständige, von den einzelnen Mitgliedern losgelöste Rechtsstellung hat. Seine Befugnisse beruhen auch nicht auf einer Übertragung der Antragsrechte der einzelnen Mitglieder. Eine Begrenzung der Rechte des Verbandes könne sich daher nur aus dessen eigener Verfassung ergeben, durch die die Aufgaben des Verbandes be-

169 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 14; ähnlich *Tetzner*, NJW 1965, 1945.

170 *Schlosser*, § 13 Rdn. 27; *Lehrmann*, WRP 1972, 285 (290). – A. A. *Pastor*, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 425; *ders.*, GRUR 1969, 571 (578) m. w. N.

171 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 13.

172 *Löwe*, § 13 Rdn. 71, 81; *Schlosser*, § 13 Rdn. 24, 29; *Palandt/Heinrichs*, § 13 Anm. 4 b bb.

173 RGSt. 45, 355.

stimmt und festgelegt werden. Die Klagebefugnis sei demnach nur bei solchen Verstößen ausgeschlossen, die zu der satzungsgemäßen Aufgabe des Verbandes in keinerlei Beziehung stehen und deren Verfolgung daher ganz außerhalb des Verbandszwecks liegt¹⁷⁴.

Maßgeblich ist somit der selbstgesteckte Aufgabenbereich des Verbandes, aus dem sich ergibt, welche Interessen der Verband wahrnehmen will. Nur soweit die sanktionierte Handlung diesen Bereich berührt, besteht das Klagerecht¹⁷⁵. Allein dadurch, daß ein Verband sich die Wahrung bestimmter Interessen zur Aufgabe macht, werden sie jedoch noch nicht zu seinen eigenen, soweit sich nicht aus der Rechtsordnung ausdrücklich oder konkludent eine entsprechende Zuordnung ergibt¹⁷⁶. Daher ist auch die Formulierung ungenau, es müsse ein Eingriff in den Interessenbereich des Verbandes vorliegen¹⁷⁷. Maßgeblich ist vielmehr allein, daß die Handlung Auswirkungen auf einen Interessenbereich hat, für dessen Wahrung der Verband sich satzungsmäßig für zuständig erklärt hat. Diesem Begriff der Zuständigkeit¹⁷⁸ entspricht es auch, daß der Gesetzgeber bei der Auswahl der Klagebefugten diejenigen Verbände mit der AGB-Kontrollklage betraut hat, die aufgrund ihrer Zielsetzung für das AGB-Problem kompetent erscheinen.

Als satzungsmäßige Zuständigkeitsbeschränkungen kommen damit in erster Linie sachliche und regionale Begrenzungen in Betracht. So kann sich ein Verbraucherverband darauf beschränken, nur die Interessen bestimmter Verbrauchergruppen, wie etwa der Mieter oder Kraftfahrer, wahrzunehmen; ein Wirtschaftsverband kann sich lediglich die Förderung eines bestimmten Gewerbebezugs zum Ziel setzen. Ebenso kann die Satzung das Aufgabengebiet regional begrenzen¹⁷⁹. Soweit eine solche räumliche Einschränkung allerdings nicht in der Satzung enthalten ist, kann der Verband auch bei solchen Verstößen klagen, die nicht in dem Land oder OLG-Bezirk begangen worden sind, in dem er seinen Sitz hat¹⁸⁰. Dies gilt auch dann, wenn der Tätigkeitsbereich des Verbandes, etwa die Verbraucheraufklärung und

174 Dem folgend die ganz h. M. zu § 13 UWG: RGZ 105, 308; BGH GRUR 1971, 585; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 14; *Pastor*, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 409; *ders.*, GRUR 1969, 571 (573).

175 Auf Ähnlichkeiten mit der anglo-amerikanischen »ultra-vires« Lehre weist zutreffend *Lehrmann*, WRP 1972, 283, hin.

176 Vgl. auch unten E II 1 b bb, ee zur Zuordnungsfunktion des Anspruchsbegriffs.

177 So *Palandt/Heinrichs*, § 13 Anm. 4 b bb; *Lehrmann*, WRP 1972, 285 (288). – Diese Formulierung rügt zutreffend auch Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 3, Rdn. 40 Fn. 110.

178 Ähnlich *Stein*, § 13 Rdn. 30; *Schlosser*, § 13 Rdn. 29; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 37 ff.

179 A. A. *Stein*, § 13 Rdn. 33, wonach eine regionale Festlegung das Klagerecht nie ausschließen soll – doch kann eine Verwendung durchaus nur regionale Bedeutung haben.

180 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 22.

-beratung, nur in einem örtlich begrenzten Gebiet stattfindet¹⁸¹. Das Erfordernis der tatsächlichen Verbraucherarbeit dient nämlich lediglich der Qualifikation eines Verbandes als Verbraucherverband, steht jedoch in keinem konkreten Zusammenhang zum Umfang der Klagebefugnis¹⁸².

Soweit eine unzulässige Verwendungs- oder Empfehlungshandlung in den regional beschränkten Aufgabenbereich eines Verbandes fällt, kann der Verstoß allerdings in vollem Umfang geltend gemacht werden¹⁸³, die Klagebefugnis ist dann nicht etwa auf die entsprechende Region beschränkt.

c) Einschränkung durch § 13 Abs. 3

Eine ausdrückliche gesetzliche Beschränkung der Klagebefugnis enthält § 13 Abs. 3 für die Verbraucherverbände. Die Unterlassungs- und Widerrufsverpflichtung kann von ihnen nicht geltend gemacht werden, wenn AGB gegenüber einem Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes verwendet werden oder zur ausschließlichen Verwendung zwischen Kaufleuten empfohlen werden. In den Gesetzesmaterialien¹⁸⁴ wird diese Einschränkung mit dem Hinweis begründet, daß hier Verbraucherinteressen nicht im Vordergrund stünden. Es handelt sich damit um eine gesetzliche Ausprägung des schon dargelegten Grundsatzes, daß den Verbänden das Klagerecht nur innerhalb ihres sachlichen Zuständigkeitsrahmens zusteht¹⁸⁵.

Zugleich wird daraus nochmals deutlich, daß der Gesetzgeber bei der Auswahl der Klagebefugten und beim Umfang der Klagebefugnis an die Parallelität mit den von den Verbänden verfolgten Zielen anknüpft. Bestehende Privatinitiative und privates Leistungspotential werden zur Bewältigung der öffentlichen Aufgabe eingesetzt¹⁸⁶, den privatrechtlichen Rechtsverkehr von unzulässigen AGB freizuhalten. Eine einigermaßen wirksame Durchführung dieser Aufgabe kann aber nur von denjenigen Organisationen erwartet werden, die sich die Wahrung verwandter Interessen zum Ziel gesetzt und eine entsprechende Tätigkeit entfaltet haben. Darin erschöpft sich aber auch schon die Beziehung der Verbände zu dem vom Ge-

181 Ebenso *Lehrmann*, WRP 1972, 285 (288). – A. A. *Pastor*, GRUR 1969, 571 (577).

182 Siehe dazu bereits oben bei Fn. 170; ähnlich *Hefermehl*, GRUR 1969, 653 (657).

183 *Schlosser*, § 13 Rdn. 29; zum Wettbewerbsrecht BGH GRUR 1964, 397; MDR 1974, 735.

184 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 11.

185 Ähnlich *Stein*, § 13 Rdn. 33; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 42.

186 Vgl. allgemein zur Mitwirkung privater Verbände bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, vor allem zu den damit verbundenen finanzpolitischen Aspekten *Kirberger*, Staatsentlastung durch private Verbände. – Zur Qualifikation der den Verbänden durch § 13 zugedachten Aufgabe als öffentliche Aufgabe unten E III 1.

setzgeber verfolgten Anliegen. Wie die Entwicklung der Reformdiskussion und des Gesetzgebungsverfahrens zeigen, war Ausgangspunkt und eigentlicher Kern des regelungsbedürftigen Problems die wirksame Kontrolle von AGB, außerhalb und unabhängig von Individualrechtsbeziehungen, nicht aber unmittelbar eine Stärkung oder Anerkennung¹⁸⁷ von Verbandsinteressen. Die Betrauung der Verbände stellt sich damit in erster Linie als ein gesetzestechnisches Mittel zur Kontrolle dar, nachdem eine AGB-Kontrolle durch andere, insbesondere öffentlich-rechtliche Organe aus verschiedenen Gründen abgelehnt wurde.

3. OFFIZIALPRÜFUNG DER KLAGEBERECHTIGUNG

Ob die eben dargelegten Voraussetzungen der Klagebefugnis eines Verbandes gegeben sind, ist nach h. M.¹⁸⁸ vom Gericht von Amts wegen zu prüfen, da es sich um eine Frage der Prozeßführungsbefugnis handelt, die als Prozeßvoraussetzung¹⁸⁹ anzusehen ist. Dagegen vertritt *Schlosser*¹⁹⁰ die Auffassung, daß die in § 13 Abs. 2 und 3 festgelegten Anforderungen nicht der Officialprüfung unterliegen, sondern nur im Rahmen der Begründetheitsprüfung für die Aktivlegitimation von Bedeutung sind. Dieses – zunächst überraschende – Ergebnis beruht darauf, daß *Schlosser* im Gegensatz zur h. M. die Konsequenz aus dem (beiden gemeinsamen) Ausgangspunkt zieht, den Verbänden werde durch § 13 auch die materiellrechtliche Inhaberschaft der geregelten Ansprüche zugewiesen.

Im allgemeinen steht nämlich dem Inhaber eines Anspruchs als Träger eines materiellen Rechts auch ohne weiteres die Prozeßführungsbefugnis zu¹⁹¹. Nur ausnahmsweise ist sie einer rechtsfremden oder nur teilberechtigten Person übertragen. Im Regelfall, daß die Partei mit dem Inhaber des (behaupteten) materiellen Rechts identisch ist, reduziert sich die Prüfung der Prozeßführungsbefugnis auf die Frage, ob die Partei ein eigenes Recht geltend macht; teilweise wird sogar die Prozeßführungsbefugnis nur dann

187 Damit ist noch nicht vollkommen ausgeschlossen, daß die positivrechtliche Regelung gewissermaßen durch ein Zurückschlagen eine rechtliche Anerkennung dieser Interessen bewirkt haben kann; dazu unten E II 1 b bb.

188 *Löwe*, § 13 Rdn. 63; *Palandt/Heinrichs*, § 13 Anm. 4 a; *Ulmer/Hensen*, § 15 Rdn. 2; für das Wettbewerbsrecht: BGH NJW 1972, 1988; GRUR 1971, 516; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 16, 23.

189 Inzwischen gesicherte Ansicht, etwa *Rosenberg/Schwab*, ZPR 12. Aufl., § 46 IV 1; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., vor § 50 Rdnr. 20; BGHZ 36, 187; BGH NJW 1972, 1988. – Das Erfordernis der Prozeßführungsbefugnis allerdings neuerdings in Frage stellend *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., S. 266.

190 § 13 Rdn. 19; zweifelnd auch Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 35.

191 *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., § 46 I 3; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., vor § 50 Rdn. 20; *Jauernig*, ZPR, 22. Aufl., § 22 II; BGHZ 51, 128.

als eigenständige Prozeßvoraussetzung anerkannt, wenn statt des Rechtsträgers ein anderer klagt¹⁹². Sieht man aber die Verbände als Inhaber der in § 13 geregelten Ansprüche, so fließt aus dieser Tatsache – gleichsam automatisch – ihr Klagerecht; die an sie gestellten Anforderungen würden ihre Aktivlegitimation betreffen. Daß ihnen etwa die Wahrnehmung von Dritten zustehenden Individualansprüchen übertragen wäre, ist im Bereich des AGBG nicht ersichtlich¹⁹³.

Den Widerspruch in der h. M. sucht Löwe¹⁹⁴ durch einen Hinweis auf den rechtstechnischen Aufbau des § 13 zu überwinden. Da das Gesetz in § 13 Abs. 2 zunächst die Befugnis zur Klageerhebung regelt und erst in Abs. 4 von Anspruchsberechtigten die Rede ist, folge hier ausnahmsweise die Aktivlegitimation der Prozeßführungsbefugnis nach. Nun läßt sich allerdings das Verhältnis des Klagerechts zur Aktivlegitimation wohl kaum an den Zahlen der Paragraphenabsätze ablesen. Wenn Löwe meint, das Gesetz habe – entgegen dem allgemeinen Grundsatz – die Klagebefugnis gegenüber der materiellrechtlichen Inhaberschaft in den Vordergrund gestellt, so deutet dies darauf hin, daß es um das sachliche Recht des Verbandes nicht so stark bestellt sein kann bzw. ein solches überhaupt fehlt.

Das zu billigende Ergebnis der h. M. läßt sich damit nur aus einer eigenständigen Deutung der an die Klagebefugnis der Verbände gestellten Anforderungen ableiten. Mit diesen wird nämlich eine Funktion bezweckt, die auch für das Rechtsinstitut der Prozeßführungsbefugnis von prägender Bedeutung ist: der Ausschluß von Popularklagen¹⁹⁵. Der Gesetzgeber wollte für das abstrakte Verfahren nach § 13 ersichtlich nur solche Verbände zulassen, die ihm nach ihrer Zielsetzung und »Seriosität« zur Prozeßführung geeignet erschienen. Durch die dazu festgelegten Abgrenzungsmerkmale gegenüber anderen Personen und Institutionen sollen von diesen veranlaßte Prozesse¹⁹⁶ verhindert¹⁹⁷ werden, nicht etwa eine (zudem schwer ersicht-

192 Vgl. *Diederichsen*, Z郑 76 (1963), 400 (419).

193 So zutreffend *Schlosser*, § 13 Rdn. 19.

194 § 13 Rdn. 69.

195 So für die Prozeßführungsbefugnis: *Diederichsen*, Z郑 76 (1963), 400 (401); *Lücke*, Z郑 76 (1963), 1 (10); auch *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., vor § 50 Rdn. 20. – Soweit in BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 3, von der Einführung einer »eingeschränkten Popularklage« die Rede ist, besteht nur ein quantitativer Unterschied, weil es dann jedenfalls um einen teilweisen Ausschluß geht. Zur dogmatischen Frage, ob die Regelung in §§ 13 ff. als Popularklage anzusehen ist, siehe unten E II 4.

196 In Stenogr. Protokoll der 99. Sitzung des Rechtsausschusses (– 99/39 –) begrüßt Abg. *Thürk* die Regelung, weil sie verhindert, daß die Wirtschaft mit einer Fülle von Prozessen überzogen wird.

197 Dies kann freilich nur mittelbar bewirkt werden, denn eine Prozeßvoraussetzung hindert nicht den Prozeß als solchen, sondern nur die Sachentscheidung, vgl. *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdn. 312.

liche) materielle Berechtigung begrenzt werden. Diese im öffentlichen Interesse bestehende Funktion kann aber nicht der Parteidisposition unterliegen, wie dies der Fall wäre, wenn die Anforderungen der Aktivlegitimation zugeordnet würden. Zumindest zu einer starken Verwandtschaft mit den hergebrachten Strukturen der Prozeßführungsbefugnis gelangt man schließlich von der Auffassung her, daß die Verbände durch ihre Klage das Allgemeininteresse wahrnehmen, denn dann ist diese jedenfalls von einer gewissen Abspaltung von einem Rechtsträger gekennzeichnet. Ob diese Ähnlichkeiten es rechtfertigen, die Verbandsklage insgesamt als eine »isolierte Prozeßführungsbefugnis«¹⁹⁸ aufzufassen, wird unten¹⁹⁹ bei der dogmatischen Einordnung noch näher zu untersuchen sein.

4. KLABEFUGNIS UND RECHTSSCHUTZBEDÜRFNIS

a) Abgrenzung und Zusammenhänge

Die Klage- oder Prozeßführungsbefugnis als Befugnis, über das behauptete Recht im eigenen Namen einen Rechtsstreit zu führen²⁰⁰, und das Rechtsschutzbedürfnis als Erfordernis eines berechtigten Interesses an dem begehrten Rechtsschutz sind als zu unterscheidende Sachurteilsvoraussetzungen anerkannt, wenngleich das Verhältnis beider Rechtsinstitute zueinander unterschiedlich gesehen wird²⁰¹. Auch im Bereich der Verbandsklage ist die Grenze zwischen beiden Begriffen nicht eindeutig: So wird etwa die oben beim Umfang der Klagebefugnis behandelte Frage der »satzungsgemäßen Zuständigkeit« des Verbandes vom BGH²⁰² dem Rechtsschutzbedürfnis zugeordnet. Wenn im folgenden das Rechtsschutzbedürfnis im Zusammenhang mit der Klagebefugnis behandelt wird, so geschieht dies nicht, um die Notwendigkeit einer Abgrenzung beider Begriffe zu leugnen, sondern weil beide Institute einen hier vorrangig interessierenden Bezug zur materiellen Berechtigung aufweisen: die Klagebefugnis als Frage nach der »richtigen« Partei; das Rechtsschutzbedürfnis, weil es dazu nötigt, den begehrten Rechtsschutz u. a. nach seinem Grund und seiner Wirkung zu qualifizieren. Diese Wechselbeziehung zeigt sich bei beiden Rechtsinstituten auch aus dem jeweiligen Regel-Ausnahme-Verhältnis: Die Prozeßführungsbefugnis steht – wie oben schon angesprochen – regelmäßig dem Träger des materiellen Rechts

198 So *Hadding*, JZ 1970, 305.

199 E II 2 b.

200 *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., § 46 I; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., vor § 50 Rdn. 19.

201 Dazu ausführlich *Wieser*, Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, S. 196 ff.

202 DB 1971, 1297; ihm folgend *Thomas/Putzo*, ZPO, 9. Aufl., Vorb. § 253 Anm. A 1 m; wie hier als Frage der Klagebefugnis: *Schlosser*, § 13 Rdn. 29; *Löwe*, § 13 Rdn. 86.

zu; bei einem fälligen Anspruch liegt in der Regel auch das Rechtsschutzbedürfnis für eine Leistungsklage vor.

b) Parallelverfahren durch anderen Verband wegen desselben Sachverhalts

Die letztere für die Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses geltende Regel wird von der h. M. auch zur Lösung des Problems herangezogen, daß ein Verwender bzw. Empfehler wegen desselben Sachverhalts gleichzeitig von mehreren Verbänden verklagt wird. Ausgehend davon, daß von den Verbänden eigene, materiellrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden, wird dementsprechend für jede einzelne Klage das Rechtsschutzbedürfnis bejaht²⁰³. Der Inhaber eines bürgerlichrechtlichen Anspruches brauche zur Durchsetzung seines Rechts nicht abzuwarten, ob ein anderer Berechtigter mit einer aufgrund des gleichen Sachverhalts früher erhobenen Klage zum Ziele kommt²⁰⁴. Dieser Schlußfolgerung kann sicher zugestimmt werden, soweit man die zugrundeliegende Prämisse (eigene materielle Ansprüche) akzeptiert. Doch gibt gerade das Ergebnis – unbegrenzte Häufung gleichzeitiger Verbandsklagen – Anlaß, den Ausgangspunkt zu überprüfen.

Unterzieht man die Konstellation der Parallelverfahren einer Prüfung anhand des Rechtsschutzbedürfnisses, so muß die Funktion dieses Rechtsinstituts aufgegriffen werden. Sie wird vor allem in der Aufgabe gesehen, zweckwidrige Prozesse zu verhindern, und weist damit einen engen Bezug zur Prozeßzwecklehre auf²⁰⁵. Damit erlangt hier der Zweck der Verbandsklage des AGBG eine entscheidende Bedeutung. Die Klage dient der Freihaltung des Rechtsverkehrs von unzulässigen AGB und damit dem Allgemeininteresse. Daß ihr Ziel im Schutz eines subjektiven Rechtes des Verbandes oder in der Verteidigung einer eigenen Interessensphäre des Verbandes liegt, ist nach den aufgezeigten Beziehungen der Verbände zum Streitgegenstand nicht ersichtlich²⁰⁶. Auch von denjenigen, die einen materiellen Anspruch der Verbände bejahen, wird an sich nicht geleugnet, daß das Klagerecht der Verbände der Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses dient²⁰⁷.

203 So Löwe, § 15 Rdn. 9; Stein, § 13 Rdn. 15; Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 36; für das Wettbewerbsrecht BGH GRUR 1960, 379 = LM Nr. 10 zu § 13 UWG; bereits RGZ 120, 47; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 5; Rosenberg/Schwab, ZPR, 12. Aufl., § 93 IV 2 b.

204 BGH GRUR 1960, 381.

205 Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl., vor § 253 III 4; Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis, S. 11; Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, S. 21 ff.

206 Dazu nochmals unten E II 1 b.

207 Etwa Löwe, § 13 Rdn. 5; zum Wettbewerbsrecht BGH NJW 1970, 243; NJW 1956, 911; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 1.

Hält man sich diese Funktion der Verbandsklage vor Augen, so kann die Zweckwidrigkeit eines Prozesses aber nicht nach den Kriterien beurteilt werden, die für das Bedürfnis nach dem Schutz subjektiver Rechte gelten²⁰⁸. Vielmehr ist zu fragen, ob zum Rechtsschutz des verfolgten öffentlichen Interesses die weiteren Klagen notwendig und geboten sind. Hierfür kann es durchaus beachtlich werden, daß das Rechtsschutzziel bereits durch Dritte verfolgt wird. Dies gilt jedenfalls dann, wenn durch diese der Rechtsschutz bereits mit Erfolg²⁰⁹ erreicht worden ist²¹⁰. Für eine Klage wegen eines Sachverhalts, aufgrund dessen ein anderer Verband bereits ein rechtskräftiges obsiegendes Urteil erstritten hat, fehlt es demnach am Rechtsschutzbedürfnis. Denn die abstrakte Gefahr, daß dieser Verband die Vollstreckung²¹¹ des Urteils nicht oder nur unzulänglich betreiben werde, vermag das Rechtsschutzinteresse nicht zu begründen²¹². Die h. M.²¹³ gelangt auch hier zu dem Ergebnis, daß die rechtskräftige Verurteilung der Klage eines anderen Verbandes nicht entgegenstehe, weist aber darauf hin, daß meist die Wiederholungsgefahr entfallen sein wird²¹⁴. Daß eine erfolgte Verurteilung mit der nun eröffneten Vollstreckungsmöglichkeit die Wiederholungsgefahr beseitigen kann und damit – nach richtiger Ansicht – eine Änderung der materiellen Rechtslage eintreten kann, ist zutreffend. Diese »Lösung« versagt aber beim Widerrufsanspruch, der nicht das Bestehen einer Wieder-

208 Daß die dem öffentlichen Interesse dienenden Verbandsklagen eine Ausnahme vom Prozeßzweck des Schutzes subjektiver Rechte darstellen, auch *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdn. 8.

209 Damit ist hier die Erlangung einer gesicherten verfahrensrechtlichen Position gemeint, nicht der Umstand, daß auch die materielle Rechtslage sich geändert haben kann, etwa, daß der Beklagte seinen Verpflichtungen nachgekommen ist.

210 Ähnlich *Schlosser*, § 13 Rdn. 51; *Sieg*, VersR 1977, 489 (493); zum UWG *Hadding*, JZ 1970, 305 (311).

211 Eine Titelumschreibung gem. §§ 727 ff. ZPO auf andere Verbände kommt nach geltendem Recht nicht in Betracht. – Vgl. aber *Szente*, MuW 1933, 547 mit einer interessanten Erwähnung des ungarischen Wettbewerbsgesetzes (1933): Das Gericht kann Parallelverfahren wegen fehlendem Rechtsschutzbedürfnis abweisen; ein Verband hat aber die Möglichkeit, die Vollstreckung eines von einem anderen Verband erstrittenen Urteils im eigenen Namen zu betreiben.

212 Ebenso *Schlosser*, § 13 Rdn. 51.

213 Vgl. Fn. 203.

214 Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 36; *Löwe*, § 15 Rdn. 8. – Zum Wettbewerbsrecht *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., § 93 IV 2 b; *Pastor*, Der Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 171; im Grunde ebenso BGH GRUR 1960; 379 (381); *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 5, nach denen wegen des Wegfalls der Wiederholungsgefahr allerdings das Rechtsschutzbedürfnis entfällt. – Die Abweichung beruht auf der Frage, ob die Wiederholungsgefahr als prozessuales oder materiellrechtliches Element anzusehen ist, dazu unten E II 1 cc.

holungsgefahr zur Voraussetzung hat. Das (erforderliche) Fortbestehen des Störungszustandes wird aber durch die rechtskräftige Verurteilung nicht beseitigt. Mit dem Hinweis auf den möglichen Wegfall der Wiederholungsgefahr werden die Konsequenzen der h. M. somit nur teilweise entschärft.

Für das Stadium von mehreren gleichzeitig anhängigen Verfahren besteht dagegen die Schwierigkeit, daß letztlich nur ex post beurteilt werden kann, ob die zuerst erhobene Klage den von ihr verfolgten Schutz auch tatsächlich erreichen wird. Es ist möglich, daß diese zurückgenommen wird oder das Verfahren – jedenfalls nach der h. M.²¹⁵ – durch Verzicht oder Vergleich beendet wird²¹⁶. Doch ist davon auszugehen, daß diese Fälle die Ausnahme bilden werden und daß zudem der klagende Verband in der Regel auch um eine sachgerechte Prozeßführung bemüht sein wird. Damit läßt sich aber eine Wahrscheinlichkeitsprognose treffen, die bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses berücksichtigungsfähig ist. Solange keine konkreten Anzeichen vorhanden sind, daß eine bereits erhobene Klage den Schutz des öffentlichen Interesses nur unzulänglich wahrnimmt, fehlt zusätzlichen Klagen das Rechtsschutzbedürfnis. Dem läßt sich auch nicht die Erwägung entgegenhalten, den Verbänden sei ein selbständiges Klagerecht verliehen²¹⁷, denn dieses wird ihnen nicht um ihrer selbst willen gewährt, sondern zur Verfolgung eines Drittinteresses. Die gesetzliche Zubilligung der Klagebefugnis besagt nur, daß die Verbände generell zur Prozeßführung ermächtigt sind. Sie ist notwendig, weil die Verbände zum Streitgegenstand in keiner oder doch nur sehr losen Beziehung stehen. Für die Frage, ob im Einzelfall der konkrete Rechtsschutz erforderlich ist, läßt sich daraus nichts ableiten.

Offen bleibt dagegen vorläufig, ob sich die Unzulässigkeit der Parallelverfahren auch auf die Einrede der Rechtshängigkeit stützen läßt. Diese scheitert unabhängig von der Frage nach der Identität der Streitgegenstände zunächst zwar daran, daß es an der notwendigen Identität der Parteien fehlt²¹⁸, ist jedoch nach zutreffender und herrschender Ansicht²¹⁹ auch bei Verschiedenheit der Parteien gegeben, wenn sich die Rechtskraft des Urteils des ersten Prozesses auf die Parteien des zweiten Prozesses erstrecken würde. Ob eine solche Erstreckung hier in Betracht kommt, wird an späterer Stelle²²⁰ erörtert; ebenso werden die vorstehend zum Rechtsschutzbedürfnis

215 Dazu näher unter F I 2.

216 Darauf weist (zu § 13 UWG) auch BGH GRUR 1960, 379 (381) hin.

217 So teilweise für das Wettbewerbsrecht RGZ 120, 47.

218 Ebenso BGH GRUR 1960, 380; *Hadding*, JZ 1970, 305 (310); *Szente*, MuW 1933, 547.

219 *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., § 263 (a. F.) III 3 a; *Rosenberg/Schwab*, ZPR, § 101 III 1 b; *Thomas/Putzo*, ZPO, 9. Aufl., § 261 Anm.

4 a.

220 D II 2.

gefundenen Ergebnisse im Zusammenhang mit der dogmatischen Einordnung der Verbandsklage noch zu vertiefen sein²²¹.

c) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis wegen eines Subsidiaritätsverhältnisses unter den Passivlegitimierten

Nach Schlosser kann das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage eines Verbandes auch bei gewissen Fallkonstellationen fehlen, in denen nach seiner Formulierung ein Subsidiaritätsverhältnis unter den Passivlegitimierten vorliegt²²². Gemeint sind damit vor allem die Gestaltungen, daß »mittlere oder kleine« Verwender nach § 13 verklagt werden, obwohl ein klar feststellbarer Empfehler (Verband oder Verlag) oder Hauptverwender besteht, von dem die verwendeten AGB übernommen worden sind. Wenn sich die Bedingungen durch ein Vorgehen gegen diese Empfehler oder Schwerpunktverwender eindeutig mit größerer Nachhaltigkeit verdrängen ließen, fehle für eine gegen einen kleinen Verwender gerichtete Klage das Rechtsschutzbedürfnis.

Diese im Grundsatz zu billigende Aussage läßt sich ebenfalls nur aus dem Blickwinkel ableiten, daß von den Verbänden der Schutz von Allgemeininteressen wahrgenommen wird. Stellt man nämlich dieses Rechtsschutzobjekt und seine geltend gemachte Beeinträchtigung in den Vordergrund, dann erweist sich die Klage gegen den primären Störer als das effizientere Rechtsschutzmittel. Eine solche größere Wirksamkeit einer Rechtsschutzform gegenüber anderen kann ein für das Rechtsschutzbedürfnis maßgebliches Kriterium darstellen²²³. Zwar wird es hauptsächlich bei einer Konkurrenz mehrerer Rechtsschutzmittel gegen dieselbe Person relevant, kann aber auch für die Auswahl unter mehreren Rechtsschutzmöglichkeiten gegen verschiedene Personen, etwa im Fall eines einheitlichen Störungsvorganges, beachtlich werden²²⁴.

Es muß aber bezweifelt werden, daß die dargestellte Behandlung der angeführten Subsidiaritätsfälle sich mit den hergebrachten Strukturen von

221 Dazu unten E III 3.

222 § 13 Rdn. 52 ff. – A. A. Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 36 Fn. 100; wohl auch Ulmer/Hensen, § 13 Rdn. 19, der lediglich damit rechnet, daß in der Praxis gegen den kleinen Verwender nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Klage erhoben werde.

223 Ebenso Wieser (Fn. 201), S. 142.

224 Die Qualifikation dieses Gesichtspunkts ist allerdings nicht völlig einheitlich; so behandelt BGH NJW 1976, 799 = GRUR 1977, 115 (m. Anm. von Walchshöfer), LM § 24 WZG Nr. 22 die Zulässigkeit des Vorgehens gegen untergeordnete Störer als Frage des Rechtsschutzbedürfnisses; dagegen neigt BGH (6. Senat) WRP 1976, 164 zu einer materiellrechtlichen Betrachtungsweise.

individuellen Ansprüchen oder Individualrechtspositionen, an denen im wesentlichen auch die Maßstäbe für das Rechtsschutzbedürfnis bei einer Leistungsklage ausgerichtet sind, in Einklang bringen läßt. Zwar schließt der BGH²²⁵ für allgemeine und wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche nicht aus, daß es Fälle geben kann, in denen unter gewissen Voraussetzungen ein Rechtsschutzinteresse für ein gerichtliches Vorgehen gegen »untergeordnete« Personen zu verneinen ist. Dies könne gegeben sein, wenn die nach der Art ihrer wirtschaftlichen Betätigung allein verantwortliche Person bereits in Anspruch genommen worden sei und wenn ein solches Vorgehen ohne weiteres ausreichen würde, Beeinträchtigungen seitens der untergeordneten Person zu verhindern.

Die Sachverhalte, bei denen eine solche Einschränkung erwogen wird, sind aber durchweg dadurch gekennzeichnet, daß der »untergeordnete« Störer lediglich als bloßer Gehilfe bei einer Rechtsverletzung mitwirkte, an der er zudem kein unmittelbares eigenes Interesse hatte. Eine derartige Gestaltung ist jedoch in den für das AGBG angeführten Fällen kaum anzutreffen, denn selbst der »kleine« Verwender gebraucht die AGB aufgrund eines eigenen Entschlusses und primär zu seinem eigenen Nutzen.

Die mangelnde Rechtsschutzwürdigkeit bei derartigen Klagen kann vielmehr nur aus den besonderen Funktionen der Verbandsklage abgeleitet werden. Ein Zurücktreten des Klagerechts gegen untergeordnete Störer läßt sich im Ansatz bereits dadurch rechtfertigen, daß als Rechtsschutzobjekt das Allgemeininteresse in seiner Gesamtheit anzusehen ist, weil hier die Schwelle der Erforderlichkeit des Rechtsschutzes nicht notwendig gleich mit der für Individualrechtspositionen geltenden sein muß. Vergegenwärtigt man sich außerdem, daß die Verbände eine öffentliche Ordnungsfunktion²²⁶ wahrnehmen und ihnen – wie es das RG²²⁷ ausdrückt – »gewissermaßen polizeiliche Befugnisse« eingeräumt sind, dann läßt sich sogar eine Verbindung zu allgemeinen Grundsätzen des Polizei- und Ordnungsrechts feststellen, wo die Auswahl unter mehreren Störern bei einem zusammenhängenden Vorgang nach pflichtgemäßem Ermessen zu erfolgen hat und dabei dem Gesichtspunkt der größeren Sachnähe eines Störers entscheidende Bedeutung zukommt²²⁸. Die Verhältnismäßigkeitserwägungen in den Subsidiaritätsfällen finden hier jedenfalls eher eine Stütze als in den hergebrachten Strukturen des Anspruchsbegriffs. Bereits hier deutet sich also eine aufsichtliche Funktion der Verbandsklage an, auf die bei späteren Problemen und der dogmatischen Einordnung noch näher einzugehen sein wird.

225 LM § 24 WZG Nr. 22.

226 Hadding, JZ 1970, 305 (307); Pastor, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 400.

227 RGZ 148, 114 (125); vgl. auch Droste WRP 1958, 166 (168): »Befugnisse polizeilicher Tendenz«.

228 Vgl. Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., § 14 Anm. 9, § 15 Anm. 8.

D. Die Rechtsfolgen des Verbandsklageurteils

Eine dogmatische Untersuchung der Verbandsklage des AGBG macht es auch erforderlich, die Rechtsfolgen des Verbandsklageurteils näher zu beleuchten. Dabei sind vor allem die von einem »üblichen Zivilprozeß« differierenden Wirkungen herauszustellen, um so die besondere Funktion und Zielsetzung der Verbandsklage auch von dieser Seite her aufzeigen zu können. Neben den besonderen rechtlichen Folgen der Entscheidung sind dabei auch die vom Gesetzgeber beabsichtigten faktischen Wirkungen des abstrakten Verfahrens mit einzubeziehen. Auch und gerade an den Folgen läßt sich ablesen, was letztlich das Ziel des geschaffenen Rechtsinstituts ist, welches und wessen Recht dadurch verwirklicht werden soll, um wessen Interessen es geht.

I. Veröffentlichungsbefugnis und Registrierung

1. VERÖFFENTLICHUNGSBEFUGNIS

Im Gegensatz zu den allgemeinen Verfahrensordnungen¹ enthält § 18 eine ausdrückliche Regelung der Veröffentlichungsbefugnis, nach der dem obsiegenden Kläger auf Antrag die Befugnis zugesprochen werden kann, die Urteilsformel auf Kosten des Beklagten im Bundesanzeiger, im übrigen auf eigene Kosten bekanntzumachen. Die Vorschrift bezweckt nach den Gesetzesmaterialien² eine Unterstützung der mit dem Kontrollverfahren angestrebten Breitenwirkung, indem die interessierte Öffentlichkeit, Verbraucherberatungsstellen und künftige Kunden des Verwenders von der Entscheidung in Kenntnis gesetzt werden können. Unter dieser Perspektive wird ihr rechtspolitischer Stellenwert mit Recht jedoch sehr skeptisch beurteilt³, da durch die Bekanntmachung im Bundesanzeiger die Öffentlichkeit kaum erreicht wird und Veröffentlichung in anderer Weise häufig an der finanziellen Situation des Verbandes scheitern dürfte. Dennoch ist die in der Vor-

1 § 312 Abs. 2 ZPO macht lediglich die Befugnis einer Partei zum Gebrauchmachen vom Urteil nicht von dessen Zustellung abhängig; vgl. auch unten Fn. 6.

2 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 12; vgl. auch Zweiter Teilbericht, S. 54.

3 Etwa Schlosser, § 18 Rdn. 1; Löwe, § 18 Rdn. 1; Stein, § 18 Rdn. 1; Münchener Kommentar (Gerlach) § 18 Rdn. 1.

schrift zum Ausdruck kommende Intention des Gesetzgebers nicht ohne jede Bedeutung. Sie bietet vielmehr einen weiteren Anhalt dafür, daß das Verfahren nach §§ 13 ff. nicht einen rein internen Streit zwischen zwei privaten Parteien betrifft, sondern im Interesse der Allgemeinheit geführt wird, der dementsprechend das Urteil zur Kenntnis gebracht werden soll. Hierin liegt auch der Unterschied zur Vorschrift des § 23 Abs. 2 UWG, bei der die Notwendigkeit der Aufklärung des Publikums zwar auch als beachtlicher Belang angesehen wird⁴, dessen Grundgedanke aber in der Ausgleichung des einem (individuell) Betroffenen zugefügten Unrechts zu finden ist⁵.

Ein eigenständiger Regelungsgehalt kommt § 18 allerdings nur hinsichtlich der ersten Alternative zu, nach der die Kosten der Veröffentlichung vom Verurteilten zu tragen sind, denn die Bekanntmachung auf eigene Kosten wird von der herrschenden Anschauung⁶ auch ohne spezielle gesetzliche Grundlage (unter Beachtung von Grenzen des Wettbewerbsrechts, Persönlichkeitsrechts usw.) für zulässig erachtet. Doch gerade deshalb zeigt die ausdrückliche Normierung durch den Gesetzgeber, daß der Entscheidung eine über die beteiligten Parteien hinausgehende Regulierungsfunktion beigemessen wird.

2. REGISTRIERUNG

Die Erzielung einer möglichst großen faktischen Breitenwirkung ist auch einer der Zwecke der Vorschrift des § 20. Vor allem der in Abs. 4 normierte Auskunftsanspruch für jedermann gegenüber dem Bundeskartellamt als registerführende Behörde ermöglicht die Einholung zuverlässiger Informationen durch alle Beteiligten. Zugleich wird dadurch oft erst die notwendige Kenntnis über das Eingreifen der rechtlichen Urteilswirkung nach § 21 erlangt werden können.

Fragt man allgemein nach möglichen Motiven für die Registrierung gerichtlicher Entscheidungen⁷, so läßt sich neben der Bedeutung für die Rechts-tatsachenforschung vor allem die Orientierungsfunktion für die am Rechtsverkehr Beteiligten und die Gerichte (hier etwa mit der Folge der Verringe-

4 Sehr weit BGH LM Nr. 7 zu § 23 UWG; enger *Pastor*, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 661. – Zu den Reformbestrebungen, nach denen dies zum Zweck des Verbraucherschutzes verstärkt berücksichtigt werden soll, *Schricker*, Rab-belsZ 40 (1976), 535 (570).

5 *Pastor* (vorige Fn.), S. 661; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 23 UWG Rdn. 7.

6 *Löwe*, § 18 Rdn. 1; *Schlosser*, § 18 Rdn. 2; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 18 Rdn. 1; *Pastor* (Fn. 4), S. 670 ff.

7 Die Frage wird meist in dem umfassenderen Zusammenhang der Schaffung einer juristischen Datenbank erörtert; vgl. etwa *Simitis*, Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung, S. 67 ff.

rung divergierender Entscheidungen⁸⁾ anführen. Da ein Aspekt der AGB-Problematik die massenhafte Verbreitung der AGB ist, die damit in einer großen Zahl von Streitigkeiten relevant werden, und da ferner trotz der Klauselkataloge (§§ 10, 11) vielfach die Generalklausel anwendbar sein wird und demzufolge meist ein größerer Wertungsbereich als in anderen Rechtsgebieten eröffnet sein wird, ließe sich die Registrierung als Besonderheit eines Rechtsgebietes ansehen, in dem sie besonders dringlich ist, gewissermaßen als Vorläufer eines umfassenden Dokumentationssystems.

Mit einer solchen Zielsetzung ist die Regelung des § 20 jedoch nicht deckungsgleich. So hat die Registrierung anhängiger Klagen für das allgemeine Informationsbedürfnis nur geringen Wert, sondern dient in erster Linie der Koordination des Vorgehens der Verbände. Vom Blickwinkel einer umfassenden Entscheidungssammlung über die AGB-Rechtsprechung ist anzumerken, daß AGB-Entscheidungen in Individualprozessen (und damit ein weiterhin sehr wesentlicher Bereich) nicht erfaßt werden, und daß die Auskunft über registrierte Urteile sich nicht auf die Entscheidungsgründe erstreckt^{8a)}. Damit ist auch die Registrierungsregelung als Besonderheit des abstrakten Verfahrens anzusehen, die aber nicht nur rein technische Fragen des Verbandsklagesystems betrifft, sondern auch verdeutlicht, daß das abstrakte Verfahren im Interesse der Allgemeinheit stattfindet, für die – wie der Auskunftsanspruch für jedermann zeigt – die Entscheidungen zugänglich gemacht werden.

II. Rechtskraft

1. GEGENSTAND UND UMFANG DER RECHTSKRAFT

Gegenstand und Umfang der materiellen Rechtskraft werden im Zivilprozeß durch den Entscheidungsgegenstand sowie durch die objektiven und subjektiven Rechtskraftgrenzen festgelegt. Zur Bestimmung des Entscheidungsgegenstandes bildet dabei nach einhelliger Ansicht der Streitgegenstand des Rechtsstreits jedenfalls den Ausgangspunkt⁹⁾. Für die Entscheidung über eine Verbandsklage nach § 13 ergibt sich hier zunächst nichts Abweichendes, denn die zu untersuchende Frage nach dem Bestehen und der Art einer materiellrechtlichen Berechtigung der Verbände spiegelt sich nicht unmittelbar in dem mit der h. M. prozessual-eigenständig aufzufassenden Streitgegenstandsbegriff wider. Dagegen scheint sie für die neueren Streitgegenstands-

8 Zur Diskussion über die mögliche Gefahr einer Konformität bei der richterlichen Entscheidungsfindung *Simitis* (Fn. 7), S. 80 ff. m. w. N.

8a Dies kritisiert jetzt u. a. *Crentzig*, NJW 1979, 20.

9 Zur Kontroverse, ob Streitgegenstand und Entscheidungsgegenstand als identisch anzusehen sind, vgl. *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., § 154 I 1 (bejahend); *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., § 322 VI 5 b (verneinend).

theorien¹⁰ von gewisser Bedeutung zu sein, die den prozessualen Anspruchsbegriff stark dem materiellrechtlichen anzunähern bzw. gleichzusetzen versuchen. Entsprechend könnte sich die Qualifikation der Verbandsklage auch bei der Bestimmung des Streitgegenstandes niederschlagen. Ein besonderer Aussagegehalt dieser Streitgegenstandslehren im Hinblick auf die Verbandsklage ist jedoch nicht festzustellen. Dies liegt darin begründet, daß bei ihnen schon im allgemeinen die Eigenständigkeit als Theorie zweifelhaft erscheint, da sie sich fast ausschließlich mit Fragen der Anspruchskonkurrenz auseinandersetzen. Zudem wird dabei von echten (anerkanntermaßen als solche zu qualifizierenden) Ansprüchen ausgegangen, so daß das Problem, wann überhaupt eine Rechtsfigur als Anspruch anzusehen ist und welche Konsequenzen verneinendenfalls für den Streitgegenstand zu ziehen wären, nicht unmittelbar erörtert wird. Trotz dieser Einwände darf jedoch nicht verkannt werden, daß diese Streitgegenstandslehren wertvolle Beiträge zur Klärung des materiellrechtlichen Anspruchsbegriffs geleistet, insbesondere dessen Funktionen näher untersucht haben. Darauf wird an späterer Stelle noch einzugehen sein.

Als Gegenstand der Rechtskraft von Entscheidungen im AGB-Kontrollverfahren ist damit wie im allgemeinen das Bestehen oder Nichtbestehen der geltend gemachten konkreten Rechtsfolge anzusehen, also der Verpflichtung zum Unterlassen oder zum Widerruf. Nach allgemeinen Prinzipien bleibt der Umfang der Rechtskraft auf diese Feststellung¹¹ und ihr kontradiktorisches Gegenteil beschränkt, insbesondere erwachsen bedingende (präjudizielle) Rechtsverhältnisse als einzelne, unselbstständige Glieder des Subsumtionsschlusses zur Gewinnung der Rechtsfolge grundsätzlich nicht in Rechtskraft¹². In Abweichung davon folgert die h. M. für das AGBG aus der Regelung in § 21, die von ihr als Fall der Rechtskrafterstreckung qualifiziert wird, daß bei dem gerichtlichen Ausspruch über eine Unterlassungsverpflichtung des Verwenders auch die Feststellung der Unwirksamkeit der AGB (als selbständiges Element) in Rechtskraft erwächst¹³. Die in § 21 angeordnete

10 Etwa *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß; *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht.

11 Dazu, daß jedes Leistungsurteil ein solches »Feststellungsurteil« enthält, BGHZ 42, 340 (349). – Bei der Leistungsklage wird dabei freilich primär das *Recht* auf die Leistung festgestellt; das Problem, ob bei der Verbandsklage nach § 13 nur isoliert die Verpflichtung festgestellt wird, muß hier noch ausgeklammert werden, da das Bestehen eines korrespondierenden Rechts ja gerade in Frage steht.

12 Ganz h. M.; etwa *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., § 154 II; *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., / 322 VI 4, 1; zu gewissen Ausnahmen siehe unten Fn. 18.

13 *Löwe*, § 17 Rdn. 7 ff. (auch für die Widerrufungsverpflichtung); *Schlosser*, § 21 Rdn. 4; § 19 Rdn. 2; *Ulmer/Hensen*, § 21 Rdn. 5; Münchener Kommentar (Gerlach), § 21 Rdn. 4.

Erstreckung der Unwirksamkeitsfeststellung auf andere Personen (Kunden des Verwenders im Individualprozeß) setze notwendig voraus, daß dieses Element von der Rechtskraft umfaßt werde.

Dazu muß bereits an dieser Stelle auf die Bedenken hingewiesen werden, die gegen eine Einordnung von § 21 als Fall der Rechtskrafterstreckung bestehen¹⁴. Die Frage, ob beim Unterlassungs- und Widerrufsurteil auch die festgestellte Unwirksamkeit der AGB in Rechtskraft erwächst, ist daher zunächst ohne Berücksichtigung von § 21 zu klären, insbesondere unter dem Aspekt, was sich nach allgemeinen Rechtskrafttheorien für sie ergibt. Ausgangspunkt hierfür bildet die von *Zeuner*¹⁵ entwickelte These, den Wirkungskreis der Rechtskraft bei in Frage stehender Präjudizialität für einen Folgeprozeß nicht wie die h. M. nach der rein konstruktiven Identität zwischen beurteilter Rechtsfolge der Vorentscheidung und der Vorfrage im Folgeprozeß zu bestimmen, sondern maßgeblich auf teleologische Sinnzusammenhänge beider Gegenstände abzustellen. Solche Sinnzusammenhänge seien aus dem objektiven (materiellen) Recht zu entnehmen. So bewirke die Entscheidung über eine negatorische Unterlassungsklage Rechtskraft für einen nachfolgenden Schadensersatzprozeß, soweit in ihr über das Vorliegen einer Rechtskraftverletzung entschieden ist¹⁶.

Die Lehre *Zeuners* ist vom Grundansatz her vor allem wegen der Unbestimmtheit ihrer Abgrenzungsmerkmale überwiegend auf Ablehnung gestoßen¹⁷, seine Ergebnisse in einzelnen Fallgruppen werden dagegen, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, durchaus gebilligt, so auch seine Ansicht zur Rechtskraft des Unterlassungsurteils¹⁸. Für das AGBG neigen *Löwe*¹⁹ und *Gerlach*²⁰ dazu, die Feststellungswirkung des Unterlassungsurteils (neben dem Rückschluß aus § 21) aus der von *Zeuner* begründeten Ansicht abzuleiten. Untersucht man eine derartige Übertragbarkeit der *Zeunerschen* Gedanken auf das AGBG-Unterlassungsurteil, so ist zunächst mit *Schlos-*

14 Dazu unten 3 d.

15 Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge.

16 *Zeuner* (Fn. 15), S. 58.

17 Ausführlich etwa *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., § 322 IX 3; vgl. ferner *Schwab*, JZ 1959, 787 (Rezension); *Peters*, ZZP 76 (1963), 229.

18 Zustimmung die wohl h. M. in der Literatur: *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., § 322 IX 3; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 191; *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch im Zivilprozeß, S. 185 ff.; *Peetz*, Die materiellrechtliche Einordnung der Rechtsfolge und die materielle Rechtskraft der Entscheidung im Zivilprozeß, S. 166; *Pastor*, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 648 ff. – Offengelassen in BGHZ 42, 340. – A. A. *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., § 155 III.

19 § 17 Rdn. 7 ff.

20 Münchener Kommentar, § 21 Rdn. 4.

ser²¹ zu konstatieren, daß ein Folgeprozeß, in dem es im Verhältnis zum Verband auf eine solche Feststellung (in präjudiziellern Zusammenhang) ankäme, nicht denkbar ist. Allerdings bedarf diese Aussage einer Präzisierung dahin gehend, daß eine derartige (Schadensersatz-)Klage des Verbandes theoretisch durchaus möglich und zulässig ist, aber aus dem materiellen Recht keine Grundlage für sie ersichtlich ist. Ein materieller Sinnzusammenhang, der bei der negatorischen Unterlassungsklage im Bezug zum Schadensersatzanspruch darin gesehen wird, daß die beiden zugrundeliegende Verletzung der aus dem absoluten Recht folgenden Unterlassungspflicht sowohl primäre wie sekundäre Rechtsfolgen auslösen kann, erweist sich in dieser Richtung als nicht vorhanden. Die vom Verband geltend gemachte Unterlassungsverpflichtung resultiert eben nicht aus einem absoluten Recht oder rechtlich geschützten Interesse des Verbandes, das weitere Ansprüche entstehen lassen könnte.

Möglich ist zwar die umgekehrte Konstellation, daß der Verband, der im abstrakten Verfahren abgewiesen wurde, aber weiterhin die Unwirksamkeit der AGB behauptet, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche des Verwenders²² ausgesetzt wird. Nach dem Vorprozeß steht dann zunächst das Fehlen einer Unterlassungspflicht und damit die Zulässigkeit des Handelns fest. Die Suche nach einem einleuchtenden Bezugspunkt für einen Sinnzusammenhang bereitet hier aber kaum lösbare Schwierigkeiten, weil in beiden Prozessen nicht das gleiche absolute Recht und dessen Umfang zur Debatte steht, da der Verwender im Erstprozeß seine allgemeine Handlungsfreiheit verteidigt hat, während er jetzt Schutz für ein absolutes Recht, etwa das an seinem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, sucht.

Von Bedeutung bleibt allerdings *Zeuners* Erkenntnis, daß die rein konstruktive Methode zur Rechtskraftabgrenzung in manchen Fällen nicht zu befriedigen vermag, vor allem dort, wo die Gesetzeskonstruktion ohne Bezug auf eine gewünschte Rechtskraftbemessung gewählt wurde und zur gesetzlichen Konstruktion eines Rechtsinstituts mehrere, sachlich gleichwertige Möglichkeiten bestanden hätten²³. Für das AGBG scheint sich dies durch einen Blick auf die Gesetzesmaterialien²⁴ zu verdeutlichen: »In dem Gebot, die Verwendung der beanstandeten und inhaltsgleicher Bestimmungen in AGB zu unterlassen, ist nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen die Feststellung der Unwirksamkeit dieser Bestimmungen enthalten.« Wenngleich dieses Ergebnis keineswegs allgemeinen Grundsätzen entspricht,

21 § 19 Rdn. 2.

22 Zu solchen Ansprüchen *Schlosser*, § 13 Rdn. 61; *Löwe*, § 13 Rdn. 60. Zu einer Feststellungsklage siehe unten 3 c.

23 *Zeuner* (Fn. 15), S. 15.

24 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 12; im Zweiten Teilbericht, S. 46, war dagegen ein eigenständiger gerichtlicher Feststellungsausspruch vorgesehen.

sondern – wie dargelegt – höchst umstritten ist, so wird jedenfalls eine gesetzgeberische Vorstellung zur Rechtskraftbemessung erkennbar.

Allerdings wurde das Zitat vor allem deswegen in die Materialien aufgenommen, um konstruktive Schwierigkeiten bei § 21 überwinden zu können²⁵. Wie sich bei dieser Vorschrift noch zeigen wird, kann und sollte man dort ohne das Institut der Erstreckung der Rechtskraft auskommen. Insofern kann der gesetzgeberischen Vorstellung hier keine tragende Bedeutung zukommen. Zieht man weiter in Betracht, daß das wesentliche Ziel der Unterlassungs- und Widerrufsklage in der Ausschaltung der (für unzulässig erachteten) AGB, bei der Unterlassungsklage vor allem in dem Verbot der weiteren Verwendung dieser AGB liegt, so läßt sich nicht annehmen, daß die Wirksamkeitsfrage der AGB in Rechtskraft erwächst.

2. RECHTSKRAFTERSTRECKUNG AUF ANDERE VERBÄNDE?

Als Besonderheit in der Zielsetzung des Verfahrens nach §§ 13 ff. ist bereits mehrfach angeklungen, daß dessen Wirkungen sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht nicht auf die am Verfahren Beteiligten beschränkt bleiben sollen. Bei einer Untersuchung der rechtlichen Auswirkungen einer Entscheidung auf Dritte ist zwischen einer Erstreckung auf andere Verbände und einer solchen auf die Kunden des Verwenders zu differenzieren. Dies gilt nicht nur, weil hinsichtlich der letzteren in § 21 eine spezielle Regelung getroffen ist, sondern ist sachlich auch deswegen geboten, da die Verbände im Gegensatz zu den Kunden in der Regel »an sich« selbst klagebefugt gewesen wären.

Ebenso wie bei dem – oben beim Rechtsschutzbedürfnis erörterten²⁶ – Nebeneinander von mehreren Verbandsklagen aufgrund desselben Sachverhalts ist auch für das Nacheinander von solchen Verbandsklagen zunächst das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung festzustellen. Unter Bezug auf die Ableitung des Klagerechts aus eigenen materiellen Ansprüchen der Verbände verneint die h. M.²⁷ eine Rechtskrafterstreckung und weist u. a. darauf hin, daß selbst bei einer Gesamtgläubigerschaft eine solche vom Gesetzgeber nicht angeordnet wird²⁸. Demgegenüber versucht *Hadding*²⁹,

25 Vgl. Stenogr. Protokoll der 100. Sitzung des Rechtsausschusses/7. Wahlperiode, 100/10 ff.

26 C II 4 b.

27 *Palandt/Heinrichs*, § 13 Anm. 4 d; *Stein*, § 13 Rdn. 15; für das Wettbewerbsrecht BGH GRUR 1960, 379; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Anm. 5.

28 BGH (Fn. 27).

29 JZ 1970, 305 (311), ohne sich allerdings eindeutig zu entscheiden; für Erstreckung *Reimer*, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Kap. 123 Anm. 1, 2, da die materielle Grundlage die gleiche sei und es für den Beklagten unbillig wäre, mehrmals belangt zu werden.

bei § 13 UWG die Rechtskrafterstreckung aus der »Identität« der Streitgegenstände abzuleiten. Da nach seiner Ansicht dem Klagerecht der Verbände keine Ansprüche zugrunde liegen, sei der Streitgegenstand auf die urteilsmäßige Feststellung der Unterlassungspflicht »verkürzt« und damit bei Parallelklagen identisch. Ohne den Ausgangspunkt *Haddings* schon an dieser Stelle näher zu vertiefen, kann seinen Ausführungen hinsichtlich der Erstreckung nicht zugestimmt werden. Sicherlich führt die Erkenntnis, daß das Klagerecht der Verbände im Allgemeininteresse besteht, dazu, daß alle Klagen das gleiche Rechtsschutzobjekt zum Gegenstand haben und bei ihnen die Feststellung der Verbotswidrigkeit im Vordergrund steht. Aber daß es bei den zu vergleichenden Verfahren um den gleichen Gegenstand geht, ist hier lediglich Prämisse der Rechtskrafterstreckung, der Umstand, der die Frage nach einer Rechtskrafterstreckung erst aufwirft, der allein sie aber nicht entscheiden kann. Dementsprechend ist auch weitgehend anerkannt, daß eine Präjudizialität der festgestellten Rechtsfolge für Rechtsverhältnisse Dritter nicht ausreicht, um eine Bindung zu begründen³⁰, vielmehr besondere Gründe hinzutreten müssen, wie etwa das Kriterium einer materiellrechtlichen (zivilrechtlichen) Abhängigkeit³¹. Gemeint sind damit vor allem die Fälle, in denen eine Prozeßpartei nach materiellem Recht in der Lage ist, die Rechtsstellung des Dritten ungünstig zu beeinflussen. Aber eine derartige Verbundenheit der Verbände ist jedenfalls im herkömmlichen Sinn nicht ersichtlich, ebenso wie der klagende Verband schon zum Streitgegenstand des Verfahrens keine übliche materiellrechtliche Beziehung aufweist. Deswegen und nicht, weil die Verbände eigene, selbständige Ansprüche innehaben, scheint sich das Ergebnis der h. M. zu bestätigen.

Allerdings ist eine Rechtskrafterstreckung auch in vielen Fällen der Prozeßführung über fremdes Recht anerkannt³². Sie wird meist auf eine prozessuale Interessenabwägung gestützt und soll eintreten, wenn die Interessen des Gegners an der Rechtskrafterstreckung so stark sind, daß sie diejenigen des unabhängigen Dritten überwiegen³³. Für die Verbandsklage des AGBG hat sich wiederholt gezeigt, daß es um die Wahrnehmung von Drittinteressen geht und damit Ähnlichkeiten mit einer Prozeßstandschaft vorliegen. Ferner ist ein Interesse des Beklagten, nur einmal wegen desselben Sachver-

30 Etwa *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., § 325 VI 3 bb.

31 Dazu *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., § 325 VI 3 b; *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., § 157 III 2 e, der allerdings viele von der h. M. als Rechtskrafterstreckung aufgefaßten Fälle dem Institut der »Drittwirkung der Rechtskraft« zuschreibt, näher *Schwab*, ZZZ 77 (1964), 124 ff.

32 Vgl. etwa *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., § 325 VI 2; *Sinaiotis*, ZZZ 79 (1966), 78 (86 ff.); *Wolf*, Die Klagebefugnis der Verbände, S. 63.

33 *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 86. – Daneben ist freilich auch der Zweck der Prozeßführungsbefugnis zu beachten, dazu *Stein/Jonas/Schumann/Leipold* (Fn. 32).

halts »in Anspruch« genommen zu werden, offenkundig. Doch ist zu beachten, daß die angesprochene Kategorie der Rechtskrafterstreckung bei Prozeßführung über fremdes Recht herkömmlicherweise nur zu einer Bindung des Rechtsträgers führt, für den der Prozeßführungsberechtigte prozessiert hat. Ein nach dem AGBG klagebefugter Verband nimmt aber nicht das materielle Recht eines anderen Verbandes wahr, sondern – wie die anderen klagenden Verbände – das Allgemeininteresse. Eine Abwägung hat sich demnach vor allem an diesem zu orientieren, kann aber erst vorgenommen werden, wenn näher geklärt ist, in welchem Zusammenhang die nebeneinanderstehenden und gleichermaßen das öffentliche Interesse wahrnehmenden Klageberechtigungen der Verbände eingebettet sind³⁴.

3. DIE WIRKUNG VON § 21

a) Blick auf Inhalt und die zur Rechtsnatur vertretenen Ansichten

Angeichts des gesetzlich nicht geregelten Verhältnisses zwischen den klagebefugten Verbänden mag man es begrüßen, daß der Gesetzgeber in Beziehung auf die Rechtswirkungen der Entscheidung gegenüber den Kunden des Verwenders eine ausdrückliche Regelung geschaffen hat. Diese stellt auch im Vergleich zu den schon bestehenden Verbandsklageformen eine bedeutsame Neuerung dar. Der Kunde des im abstrakten Verfahren verurteilten Verwenders kann sich hinsichtlich der Unwirksamkeit der AGB auf das Unterlassungsurteil berufen mit der Folge, daß im Individualprozeß ohne weitere Sachprüfung von der Unwirksamkeit der AGB auszugehen ist.

So umstritten die Vorschrift in der Entstehungsgeschichte³⁵ des Gesetzes war, so breit ist auch die Palette der Versuche, sie dogmatisch zu erfassen: neuer Fall einer Rechtskrafterstreckung³⁶; Fall einer Rechtskrafterstreckung, die schon aus dem geltenden Recht folgt³⁷; Bindungswirkung³⁸; Wirkung eigener Art³⁹; prozessuales Novum⁴⁰; Art von Nebeninterventionswirkung⁴¹; daneben werden auch Parallelen zur Nichtigerklärung von Gesetzen durch Verfassungsgerichte sowie zur Wirkung von Gestaltungsur-

34 Dazu unten E III 2, 3.

35 Dazu oben B III 3.

36 Löwe, § 21 Rdn. 10; Schlosser, § 21 Rdn. 3; Ulmer/Hensen § 21 Rdn. 6; Münchener Kommentar (Gerlach), § 21 Rdn. 4.

37 Bürck, DB 1975, 1829.

38 Thomas/Putzo, ZPO, 9. Aufl., § 325 1 g (a. E.); § 322 1 e.

39 Palandt/Heinrichs, § 21 Anm. 2 b.

40 Stein, § 21 Rdn. 1.

41 MDgt. Dr. Arnold (BJM), Stenogr. Bericht des Rechtsausschusses, 7. Wahlperiode, 100. Sitzung (100/21).

teilen erörtert⁴² oder eine Einordnung von § 21 als ein Institut des materiellen Rechts erwogen⁴³. Mit dieser wahrlich umfassenden Meinungsskala vor Augen ist im folgenden § 21 nach Voraussetzungen und Inhalt näher zu untersuchen.

b) Die Voraussetzungen im einzelnen

aa) Unterlassungsurteil

Die Vorschrift knüpft an ein gerichtlich ausgesprochenes Unterlassungsgebot an und setzt damit ein vollständiges oder teilweises Obsiegen eines Verbandes in einem auf Unterlassung gerichteten Verfahren nach §§ 13 ff. voraus. Weitere Anforderungen an die Beschaffenheit der gerichtlichen Entscheidung sind nicht näher geregelt, die entsprechenden Fragen drängen sich jedoch auf: Ist die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung erforderlich, sind einstweilige Verfügungen geeignet, die Wirkung auszulösen? Hiervon besteht über das Erfordernis einer rechtskräftigen Verurteilung weitgehend Einigkeit⁴⁴, wenngleich die Begründungen voneinander abweichen. Für die Vertreter der Rechtskrafterstreckung ergibt es sich als Konsequenz aus ihrer Einordnung, während ansonsten auf die Gesetzesmaterialien⁴⁵ und die Erwägung abgestellt wird, daß die über die Rechtskraft erheblich hinausgehende Wirkung des § 21 nur einer unanfechtbaren Entscheidung zukommen könne⁴⁶. In der Tat wird man von der Unanfechtbarkeit der Entscheidung im abstrakten Verfahren auszugehen haben, schon weil ansonsten eine kaum erträgliche und ersichtlich nicht gewollte Unsicherheit in den Individualprozeß hineingetragen würde⁴⁷. Ferner läßt sich auch aus der Regelung der Registrierung und Registerauskunft in § 20 entnehmen, daß das Gesetz ein rechtskräftiges Urteil voraussetzt; denn nur ein solches wird eingetragen, § 20 Abs. 1 Nr. 2, und auf Anfrage mitgeteilt, § 20 Abs. 4 Nr. 2⁴⁸.

42 Stein, § 21 Rdn. 1.

43 Dietlein/Rebmann § 21 Rdn. 4; Hohmann, JZ 1975, 590 (594). – Unklar Münchener Kommentar (Gerlach), wo einerseits von Rechtskrafterstreckung (§ 21 Rdn. 4) ausgegangen wird, andererseits der Einrede materiellrechtlicher Charakter beigemessen wird (§ 21 Rdn. 7).

44 Etwa Schlosser, § 21 Rdn. 3; Palandt/Heinrichs, § 21 Anm. 3 b; Ulmer/Hensen, § 21 Rdn. 4; Münchener Kommentar (Gerlach), § 21 Rdn. 5; Koch/Stübing, § 21 Rdn. 12. – Lediglich Dietlein/Rebmann, § 21 Rdn. 2, läßt ohne nähere Begründung die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils genügen.

45 In BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 13, wird von einem rechtskräftig verurteilten Verwender ausgegangen.

46 Palandt/Heinrichs, § 21 Anm. 3 b.

47 Dessen Aussetzung nach § 148 ZPO scheitert daran, daß wegen der nur einseitigen Wirkung des § 21 eine strenge Vorgreiflichkeit nicht besteht; zudem wäre es bedenklich, wenn das anhängige abstrakte Verfahren den Individualrechtsstreit auf diese Weise blockieren könnte.

48 Ebenso Koch/Stübing, § 21 Rdn. 12.

Die weitere Frage, ob einstweilige Verfügungen geeignet sind, die Wirkung von § 21 auszulösen, wird grundsätzlich negativ beantwortet⁴⁹, wobei auf den Wortlaut von § 21⁵⁰, den summarischen Charakter des Verfügungsverfahrens⁵¹ und dessen Vorläufigkeit sowie auf die grundsätzlich fehlende Rechtskraftfähigkeit⁵² der in ihm ergehenden Entscheidungen hingewiesen wird. Lediglich in dem Fall der Endgültigkeit einer einstweiligen Verfügung will *Löwe*⁵³ sie einem Unterlassungsurteil gleichstellen.

Geht man angesichts dieser gewichtigen Argumente von der grundsätzlichen Ungeeignetheit einstweiliger Verfügungen für die Wirkung von § 21 aus, so läßt sich nicht von der Hand weisen, daß dieses Ergebnis auf die bislang noch nicht erörterte Statthaftigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes und dessen Voraussetzungen im abstrakten Verfahren zurückschlagen könnte. Die Wechselwirkung ist darin zu sehen, daß die von § 21 bezweckte rechtliche Breitenwirkung des Verfahrens um so stärker verkürzt wird, je weiter man einstweilige Verfügungen zuläßt bzw. die Voraussetzungen für ihren Erlaß herabsetzt. Während die an den Verfügungsgrund (Dringlichkeit) zu stellenden Anforderungen in der Literatur zum AGBG relativ breit erörtert werden, nachdem entgegen einer Anregung des Bundesrates⁵⁴ eine dem § 25 UWG entsprechende Vorschrift nicht in das Gesetz aufgenommen wurde, finden sich zur Statthaftigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes als solche in der Kommentarliteratur meist keine näheren Begründungen. Allein *Sieg*⁵⁵ und *Koch/Stübing*⁵⁶ befassen sich näher mit der Frage und äußern Skepsis im Hinblick auf die Zulässigkeit des Verfügungsverfahrens. Wenn dieses einen Sinn haben solle, müßten die Folgen der Verfügung die gleichen sein wie die eines Urteils: Veröffentlichungsbefugnis, Registrierung, Bindungswirkung für den späteren Einzelrechtsstreit. Für derart einschneidende Konsequenzen sei aber das Verfügungsverfahren eine zu schwache Grundlage. Gegen diese Bedenken spricht jedoch, daß in der von § 21 angeordnete-

49 *Schlosser*, § 21 Rdn. 5; *Palandt/Heinrichs*, § 21 Anm. 3 a; *Löwe*, § 21 Rdn. 14 ff.; *Stein*, § 21 Rdn. 6; *Münchener Kommentar (Gerlach)*, § 21 Rdn. 5.

50 *Stein*, § 21 Rdn. 6.

51 *Palandt/Heinrichs*, § 21 Anm. 3 a.

52 *Löwe*, § 21 Rdn. 14 ff.; *Münchener Kommentar (Gerlach)*, § 21 Rdn. 5.

53 § 21 Rdn. 17, wenn der Unterlassungsschuldner auf die Möglichkeit des Widerspruchs (oder Rechtsmittels) und des Antrags nach § 926 ZPO verzichtet hat. – Dagegen zutreffend *Schlosser*, § 21 Rdn. 5; *Münchener Kommentar (Gerlach)* § 21 Rdn. 5 Fn. 33 (ein noch so endgültig sicheres Recht macht noch keine Rechtskraft des Hauptanspruchs aus).

54 BT-Drucks. 7/5617, S. 3.

55 *VersR* 1977, 489 (493).

56 § 13 Rdn. 34; ebenso jetzt die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung verneinend OLG Düsseldorf NJW 1978, 2512 = BB 1978, 1433 (zustimmend *Koch* BB 1978, 1638; zu Recht ablehnend *Löwe* BB 1978, 1433; *Hensen* DB 1978, 2207).

ten Wirkung nicht das primäre Ziel des abstrakten Verfahrens gesehen werden kann. Dessen hauptsächliche Aufgabe besteht vielmehr in der Fixierung der Unterlassungsverpflichtung; nur soweit der Verwender gegen ein vorliegendes gerichtliches Unterlassungsgebot verstößt, greift neben der damit nach § 890 ZPO eröffneten Vollstreckungsmöglichkeit § 21 ein. Der eigentliche Schutz vor unzulässigen AGB soll dagegen bereits vor der in § 21 vorausgesetzten konkreten Betroffenheit stattfinden. Zur Sicherung dieses Anliegens sind aber die Formen des einstweiligen Rechtsschutzes durchaus geeignet. Auf die Frage, welches Rechtsverhältnis einstweiligen Verfügungen im AGBG zugrunde liegt, wenn man nicht den Schutz von subjektiven Rechten oder Individualrechtspositionen annehmen will, wird erst im späteren Zusammenhang einzugehen sein.

bb) Zuwiderhandlung

Für die Wirkung des § 21 wird vom Gesetzgeber vorausgesetzt, daß der Verwender dem Unterlassungsgebot zuwiderhandelt, also die mißbilligte AGB-Klausel (erneut) verwendet. Insoweit kann zunächst auf das zum Begriff der Verwendung Ausgeführte⁵⁷ verwiesen werden. Damit fallen jedenfalls Vorgänge, die auf eine Einbeziehung der Klausel in nach Rechtskraft des Unterlassungsurteils abgeschlossene oder abzuschließende Verträge gerichtet sind, unter § 21. Darüber hinaus wird teilweise⁵⁸ das Eingreifen von § 21 auch für sog. Altverträge bejaht. Konstruktiv begründet man dieses Ergebnis über eine Auslegung des Begriffs der Verwendung. Wenn der Verwender seinen Kunden gegenüber Verträge auf der Basis der für unwirksam erklärten AGB abwickle, so verwende er die fraglichen Klauseln erneut. Ein Widerspruch zur Definition des § 1 liege bei dieser Interpretation nicht vor, da das danach erforderliche »Stellen bei Abschluß eines Vertrages« lediglich die unterschiedliche Funktion der beiden Vertragsparteien ausdrücke, nicht aber als allein möglicher Akt der Verwendung aufgefaßt werden müsse⁵⁹. Vordergründig besehen könnte man dieses Problem lediglich für einen Wortstreit um den Verwendungsbegriff halten, doch zeigt sich bei näherer Betrachtung eine gewichtige Bedeutung sowohl für die Tragweite des § 21 als auch für die dogmatische Erfassung des abstrakten Verfahrens insgesamt. Zunächst wird der Anwendungsbereich von § 21 ersichtlich erweitert, wenn man dem Unterlassungsgebot eine Art von Rückwirkung auf früher abgeschlossene Verträge beimißt. Bedeutsamer noch wären die zu ziehenden dogmatischen Schlüsse: Während sich bislang als Zweck des ab-

57 Oben C I 2 a.

58 Löwe, § 21 Rdn. 21, § 17 Rdn. 33; Schlosser, § 21 Rdn. 6, § 13 Rdn. 35 a. E. – A. A. Ulmer/Hensen, § 21 Rdn. 4; Dietlein/Rebmann, § 21 Rdn. 2; Stein, § 21 Rdn. 7; Münchener Kommentar (Gerlach), § 21 Rdn. 6.

59 Schlosser, § 13 Rdn. 35 a. E.

strakten Verfahrens zeigte, daß präventiv die Tatbestände ausgeschaltet werden sollen, durch die einzelne in Zukunft von unwirksamen AGB betroffen werden könnten, würde bei einer Geltung von § 21 zugunsten von Altkunden das abstrakte Verfahren auch zum Schutz bereits konkret und gegenwärtig Betroffener stattfinden. Hinsichtlich der Feststellung der Unwirksamkeit der AGB wäre es damit zum Teil auch eine Art von Sammelverfahren für die Gruppe der zur Zeit individuell von den AGB berührten Personen, ja hätte im Regelfall sogar überwiegend diese Funktion. Geht man nämlich davon aus, daß der verurteilte Verwender in der Regel dem ausgesprochenen Gebot nachkommen wird, indem er die mißbilligten Klauseln ändert oder auf sie verzichtet, so würde die Wirkung von § 21 allein gegenüber den Altkunden eingreifen. Das Schutzobjekt des abstrakten Verfahrens wäre damit mehrschichtig aufzufassen; die Allgemeinheit, soweit es um die Ausschaltung künftiger AGB-Betroffenheit geht; die Gruppe der konkret Betroffenen, soweit bereits gegenwärtig die AGB ihre mißbilligte Wirkung entfalten, wobei für den letzteren Bereich Parallelen zu einer Prozeßstandschaft der Verbände oder zur »class action« naheliegen.

Die Ausdehnung von § 21 auf Altverträge ist jedoch abzulehnen. Wegen ihrer funktionserweiternden Wirkung läßt sie sich insbesondere nicht auf die bloße grammatikalische Interpretation des Verwendungsbegriffes stützen. Deren Fragwürdigkeit zeigt schon die von der hier abgelehnten Ansicht vertretene Beschränkung, daß die Wirkung gegenüber Altkunden nur bei noch nicht abgewickelten Verträgen eingreifen soll. Dieses Kriterium des noch nicht abgewickelten Vertrages bringt im Rahmen von § 21 kaum lösbare und zu Zufälligkeiten führende Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich. Soll § 21 etwa dem Altkunden zugute kommen, der zunächst den vollen Kaufpreis für einen Vertrag entrichtet hat, in dem ein Minderungsrecht unwirksam durch AGB ausgeschlossen war, wenn er nach dem Unterlassungsurteil mit einer Bereicherungsklage den entsprechenden Teil zurückfordert? Macht es einen Unterschied, ob der Vertragsschluß und die Leistungshandlungen um Jahre zurückliegen oder erst kurz vor dem Unterlassungsurteil erfolgten? In beiden Fällen würde der Verwender, wenn er sich auf die Klausel beruft, diese erneut »verwenden«, und der Vertrag wäre eben doch noch nicht vollständig abgewickelt. Oder soll formal auf die Erbringung der Hauptleistung abgestellt werden mit der Folge, daß bei einem Streit um nachträgliche Störungen, für die die mißbilligten AGB relevant sind, § 21 nie eingreifen kann?

Fehl geht auch eine extensive Interpretation des gerichtlichen Unterlassungsgebotes, auf die Löwe⁶⁰ seine Begründung zur Anwendung von § 21 auf Altkunden zu stützen versucht. Zwar sei davon auszugehen, daß der Titel nur für die Zukunft Zuwiderhandlungen verbiete, doch indem der

Verwender die früher geschaffene Beeinträchtigung fortwirken lasse, unterlasse er nicht die zwischenzeitlich verbotene Beeinträchtigung. Damit ist die vor allem bei § 890 ZPO erörterte Streitfrage angesprochen, ob eine Zuwiderhandlung gegen einen Unterlassungstitel auch durch ein Unterlassen geschehen kann oder eine entsprechende Vollstreckung nicht vielmehr einen Beseitigungstitel voraussetzt⁶¹. Eine Art vollstreckungsrechtlicher Beseitigungspflicht aus einem Unterlassungstitel wird dabei jedoch nur bei Dauerhandlungen angenommen⁶²; als eine solche ist der Begriff der Verwendung im AGBG aber nicht konzipiert. Schließlich widerspricht eine Ausdehnung von § 21 auf Altkunden auch den Gesetzesmaterialien⁶³, nach denen vorausgesetzt wird, daß die mißbilligten AGB nach dem Unterlassungsurteil bei Abschluß eines Vertrages verwendet werden. Damit verbietet sich auch ein Rückgriff auf die im Zweiten Teilbericht vorgeschlagene Regelung⁶⁴, bei der ausdrücklich eine Wirkung des Unterlassungsurteils für vorher abgeschlossene Verträge vorgesehen war.

cc) Einrede

Die damit auf Verträge nach Rechtskraft des Urteils beschränkte Wirkung von § 21 tritt nur ein, soweit sich der betroffene Vertragspartner auf das Urteil beruft. Diese Einredelösung war bereits in der Reformdiskussion umstritten⁶⁵ und sieht sich auch nach Inkrafttreten des Gesetzes der Kritik⁶⁶ ausgesetzt. Deren Berechtigung zeigt sich, wenn man die Begründungen für die Einredelösung näher betrachtet. Überholt ist von diesen die Argumentation⁶⁷, eine Beachtung des Unterlassungsurteils von Amts wegen sei mangels eines Klausel- und Entscheidungsregisters nicht praktikabel, da sich der Gesetzgeber für die Errichtung eines solchen entschieden hat. Der andere vorgebrachte Grund, durch die Einredelösung könne verhindert werden, daß einem Kunden Bedingungen vernichtet würden, an deren Bestand ihm möglicherweise gelegen⁶⁸ sei, erweist sich als nicht tragfähig. Eine Klausel, die

61 Dazu *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 19. Aufl., § 890 II 1; *Pastor*, Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO, 2. Aufl., S. 158 ff.

62 *Pastor* (Fn. 61), S. 162 f. m. w. N.

63 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 13.

64 S. 47 ff.

65 Dazu *Hohmann*, JZ 1975, 590 (594); Zweiter Teilbericht S. 49. – Die Konzeption läßt sich auf einen Vorschlag von *Brandner*, in: *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*, S. 50, zurückführen, der in erster Linie allerdings die generelle Wirkung von § 21 betrifft, ohne sich speziell mit der Einredeform auseinanderzusetzen.

66 Etwa *Stein*, § 21 Rdn. 4; *Ulmer/Hensen* § 21 Rdn. 8; *Münchener Kommentar (Gerlach)*, § 21 Rdn. 2.

67 *Dietlein*, NJW 1974, 1065 (1068).

68 So die Mindermeinung im Zweiten Teilbericht, S. 49; vgl. auch *Wolf*, JZ 1974, 41 (45).

inhaltlich den Wertungen der §§ 9 bis 11 nicht standhält, ist materiellrechtlich unwirksam, ohne daß nach einem Interesse des Kunden an ihrem Bestand zu fragen wäre, das ohnehin als selbständiges kaum denkbar ist, da es richtigerweise bereits bei der Inhaltskontrolle als ein Wertungselement zu berücksichtigen war. Daraus ergibt sich als Inkonzsequenz der Einredelösung, daß selbst in dem Fall, in dem sich der Kunde bewußt nicht auf ein vorliegendes Urteil beruft, das Gericht des Individualprozesses ebenso wie bereits das Gericht im Kontrollverfahren notwendigerweise von der Nichtigkeit der Klausel auszugehen hat⁶⁹, die richtige Rechtsanwendung in beiden Prozessen vorausgesetzt. Die der Einredelösung zugrundeliegende Vorstellung nähert sich damit bedenklich stark der Idee eines Wahlrechts des Verbrauchers hinsichtlich der Geltung gesetzlich mißbilligter AGB, womit Verbraucherschutz nicht mehr allein nach sachlichen, sondern vor allem formalen Kriterien betrieben würde. Nicht verhehlt sei allerdings ein Bedenken, dem mehr oder weniger unbewußt die Einredelösung entsprungen sein mag, zu dessen Lösung sie aber nicht geeignet ist. Es betrifft die Problematik der Umsetzung der Entscheidung im abstrakten Verfahren auf konkrete Individualrechtsbeziehungen. Da im Kontrollverfahren die Prüfung der AGB losgelöst von besonderen Einzelfallumständen erfolgt, könnten sich Fälle nicht vollkommen ausschließen lassen, in denen eine strenge Bindung an die Entscheidung des abstrakten Verfahrens sachlich nicht gerechtfertigt ist. Dies kann aber nicht nur den Kunden, sondern auch den Verwender treffen. Die Problematik wird allerdings weitgehend dadurch abgedeckt, daß auch bei der AGB-Prüfung im Individualprozeß auf eine typisierende Betrachtungsweise abzustellen ist⁷⁰ und ferner der gerichtliche Unterlassungsausspruch etwa bei der Frage nach der Identität der Rechtsgeschäftsarten der Auslegung fähig ist.

Eine den Voraussetzungen nach gegebene Einrede ist gem. § 21 Satz 2 ausgeschlossen, wenn der verurteilte Verwender gegen das Unterlassungsurteil die Klage nach § 19 erheben könnte. Ohne auf die Rechtsnatur dieses vom Gesetzgeber an die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO angelehnten Rechtsbehelfs bereits hier näher einzugehen, so ist im Rahmen von § 21 jedenfalls festzuhalten, daß sich das Gesetz mit der Möglichkeit einer – was zu ergänzen ist – erfolgreichen Gegenklage begnügt und nicht deren Durchführung und das Vorliegen eines obsiegenden Urteils im Verfahren nach § 19 verlangt. Dies hat nicht nur zur – rechtspolitisch allgemein mißbilligten⁷¹ – Folge, daß das Gericht des Individualrechtsstreits im Rahmen seiner Entscheidung die Voraussetzungen und den hypothetischen Erfolg einer Klage nach § 19 zu prüfen hat. Es ist dadurch vielmehr auch eine Ab-

69 Ebenso Stein, § 21 Rdn. 4.

70 Dazu oben C I 4 a.

71 Ulmer-Hensen, § 21 Rdn. 9; Löwe, § 21 Rdn. 25, § 19 Rdn. 2; Münchener Kommentar (Gerlach), § 21 Rdn. 8.

schwächung der Verbindlichkeit der Entscheidung gegeben, die bei der Stellungnahme zu den dogmatischen Einordnungen von § 21 noch von Bedeutung sein wird. Zuvor sind jedoch noch die Gründe für die Einseitigkeit in der Wirkung von § 21 näher zu beleuchten.

c) Die Einseitigkeit der Wirkung von § 21

Wie sich aus den dargestellten Voraussetzungen der Vorschrift ergibt, findet eine rechtlich relevante Urteilsauswirkung auf die Individualbeziehungen lediglich in einer Richtung statt; dem im abstrakten Verfahren obsiegenden Verwender steht eine entsprechende Befugnis nicht zu⁷². Aus verfassungsrechtlicher Sicht läßt sich diese Einseitigkeit mit einem Hinweis auf Art. 103 Abs. 1 GG rechtfertigen, da die andernfalls mit der Erstreckung belasteten Vertragspartner des Verwenders im abstrakten Verfahren nicht beteiligt waren. Mit dieser grundrechtlichen Grenze ist aber nur negativ erklärt, warum zu Lasten des Kunden keine Auswirkung des Urteils vorgeschrieben ist, der innere Grund für die Wirkung zugunsten jedoch noch nicht gefunden. Hierzu muß etwas weiter ausgeholt werden. Es ist auffällig, daß der Gesetzgeber das Rechtsverhältnis zwischen Verband und Verwender, mag man es materiellrechtlich oder prozessual qualifizieren, allein hinsichtlich der Klage des Verbandes geregelt hat und abgesehen von § 19 Rechtsschutzformen zugunsten des Verwenders nicht normiert sind. Insofern spricht *Sieg*⁷³ zutreffend von einer Präponderanz, die der Gesetzgeber der Verbandsklage beigelegt habe. Hinzu tritt, daß mehrere wichtige Regelungen der Urteilsfolgen, wie etwa §§ 18, 19, 21, einseitig auf die erfolgreiche Verbandsklage zugeschnitten sind, also diejenige, bei der die beanstandeten AGB tatsächlich für unwirksam erachtet wurden. Dies ist denn auch die eigentliche Rechtfertigung für die Zulassung der Verbandsklage als Instrument zur Bekämpfung unwirksamer AGB. Diese einseitige Ausrichtung der Verbandsklage mit der Akzentuierung gerade auf derjenigen, bei der der Verband obsiegt hat, ergibt eine wichtige Prägung der Struktur des abstrakten Verfahrens. Sie weist darauf hin, daß mit diesem Aussichtsfunktionen wahrgenommen werden. Es geht im Verfahren nicht um die gleichgewichtige gerichtliche Klärung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, sei es das Bestehen eines Anspruches oder verkürzt die Wirksamkeitsfrage der AGB, sondern einseitig um die Ausschaltung unzulässiger AGB.

Dieser Gesichtspunkt tritt auch zutage, wenn man sich mit der Zulässigkeit einer Feststellungsklage des Verwenders gegen einen Verband – gericht-

72 Der Bundesrat (BT-Drucks. 7/5617, S. 4) sah hierin einen Verstoß gegen den Grundsatz der »Waffengleichheit der Parteien«; dagegen zutreffend *Schlosser*, § 21 Rdn. 2.

73 VersR 1977, 489 (494).

tet auf die Wirksamkeitsfeststellung der AGB – befaßt⁷⁴ und zeigt sich dabei zunächst bei der Frage nach dem festzustellenden Rechtsverhältnis. Die h. M., die materiellrechtliche Ansprüche der Verbände annimmt, käme an sich ohne Schwierigkeiten zu einem Rechtsverhältnis als Bestehen oder Nichtbestehen dieses Anspruches. Dennoch wird aber nahezu einhellig angenommen, daß das streitige Rechtsverhältnis abgekürzt in der Form der Feststellung »der Wirksamkeit der Klauseln« angesprochen werden könne⁷⁵. Rein formal betrachtet wäre die Feststellungsklage dann auf die unstatthafte Klärung bloßer Rechtsfragen gerichtet, und es erscheint zweifelhaft, ob hier noch ein Fall angenommen werden kann, bei dem ein Antrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses nur rein äußerlich in die Form einer bloßen Rechtsfrage eingekleidet ist⁷⁶. Problematisch wird es ferner beim Rechtsschutzinteresse. Hier läßt sich nämlich fragen, warum einem Verband gegenüber ein Interesse an der Feststellung bestehen soll, das über das allgemeine an der Klärung der Rechtsfrage, ob die Klausel gültig sei, hinausginge. Aus diesem Grund wird von *Stein*⁷⁷ die Zulässigkeit der Feststellungsklage generell verneint bzw. wurden in der Reformdiskussion verschärfte Anforderungen für das Feststellungsinteresse gefordert⁷⁸.

Letztlich ist man damit wieder bei der einseitigen Gewichtung des gesetzlich normierten Rechtsinstituts angelangt. Dessen Zweck ist in erster Linie in der Verdrängung gesetzswidriger AGB zu sehen, demgegenüber tritt die konträre Zielsetzung, eine Billigung angemessener AGB, vollkommen oder jedenfalls doch weitgehend zurück. Da es nicht Ziel des Verfahrens sei, dem Unternehmer eine gerichtliche »Genehmigung« seiner Bedingungen zu verschaffen, lehnt *Schlosser*⁷⁹ das Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage zumindest bei der Möglichkeit eines Mißbrauchs ab, falls nämlich der beklagte Verband nicht vom klagenden Verwender unabhängig ist. Daß entgegen *Stein* die Feststellungsklage nicht generell für unzulässig zu erachten ist, folgt aus dem oben angedeuteten Aspekt: Wenn der Verbandsklage eine Art von aufsichtlichem Einschreiten zugrunde liegt, so muß in bestimm-

74 Weniger bedeutsam in diesem Zusammenhang sind allgemeine zivilrechtliche Abwehransprüche des Verwenders, etwa aus §§ 1004, 823, 826 BGB, da sie durch das AGBG nicht unmittelbar berührt werden; zu diesen *Schlosser*, § 13 Rdn. 61; *Löwe*, § 13 Rdn. 60; *Stein*, § 15 Rdn. 4.

75 *Schlosser*, § 13 Rdn. 20; *Palandt/Heinrichs*, § 15 Anm. 5; *Löwe*, § 13 Rdn. 61; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 15 Rdn. 9.

76 Allgemein zu solchen Fällen *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., § 256 II 1 d.

77 § 15 Rdn. 2 a ff. – A. A. die h. M. (Fn. 75).

78 So etwa im Zweiten Teilbericht, S. 51 ff.; zudem war dort bei einer Sachabweisung der Feststellungsklage – also bei Unwirksamkeit der AGB – eine dem § 21 entsprechende Wirkung zugunsten der Kunden vorgesehen.

79 § 13 Rdn. 20; ihm folgend Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 15 Rdn. 9.

ten Fällen auch ein vorbeugender Rechtsschutz gegen dieses offenstehen⁸⁰, etwa wenn dem Verwender das Abwarten prozessualer Maßnahmen des Verbandes nicht zumutbar ist⁸¹. Eine derartige Klage ist dann aber auf die Abwehr der aufsichtlichen Befugnisse des Verbandes und nicht unmittelbar auf die Feststellung der Wirksamkeit der AGB gerichtet. Während auf die aufsichtliche Funktion der Verbandsklage erst später ausführlich einzugehen sein wird, ist für die Einseitigkeit der Wirkung von § 21 festzuhalten, daß das abstrakte Verfahren primär nicht auf eine Art Genehmigung von AGB gerichtet ist, sondern die Bekämpfung unzulässiger AGB zum Ziel hat und hierfür § 21 eine zusätzliche Sanktion bereithält, die entsprechend nur eingreift, soweit das Gericht bei seiner Prüfung zur Unwirksamkeit der AGB gelangt ist.

d) Stellungnahme zur Rechtsnatur von § 21

Kommt man nun auf die eingangs dargestellten Ansichten zur Rechtsnatur von § 21 zurück, so ist zunächst die Meinung *Bürcks*⁸² abzulehnen, es liege eine bereits aus geltendem Recht folgende Rechtskrafterstreckung vor. Seine These, daß eine Rechtskrafterstreckung dann statfinde, wenn eine einheitliche Entscheidung sinnvoll und den am Rechtsstreit Beteiligten oder Interessierten die Erstreckung zumutbar sei, kann in dieser Allgemeinheit nicht akzeptiert werden, zumal die hierfür herangezogenen Fälle⁸³ zu heterogen sind, um aus ihnen einen übergreifenden gemeinsamen Gesichtspunkt ableiten zu können. Zum andern liegt der unmittelbare Zweck von § 21 nicht darin, eine Entscheidungsharmonie hinsichtlich der Beurteilung von AGB-Klauseln herbeizuführen, worauf noch einzugehen sein wird.

Die anderen Vertreter einer Rechtskrafterstreckung⁸⁴ sehen denn auch § 21 als einen neuartigen, aus der positiven gesetzlichen Regelung folgenden Fall einer Rechtskrafterstreckung an. Versucht man, diese Rechtskrafterstreckung näher zu umschreiben, so ergibt sich eine Auflistung von Ausnahmen: Rechtskrafterstreckung eines Elements, das konstruktiv lediglich Vorfrage des Rechtsstreits mit dem Verband ist; Rechtskrafterstreckung, ohne daß die bislang anerkannten Kriterien einer zivilrechtlichen Anhängigkeit oder einer Prozeßführung über fremdes Recht vorliegen; Rechtskrafterstreckung, die lediglich einseitig stattfindet, die nicht von Amts wegen, sondern nur auf Einrede zu beachten ist und die bereits dann ausscheidet, wenn allein

80 In dieser Richtung auch eine Formulierung bei *Löwe*, § 13 Rdn. 60.

81 Dies kann etwa gegeben sein, wenn ein Verband wiederholt und in öffentlicher Weise bestimmte AGB eines Verwenders beanstandet, trotz dessen Gegenvorstellung aber von prozessualen Maßnahmen absieht und der Verwender dadurch nicht unerheblich belastet wird.

82 DB 1975, 1829, zu der im Zweiten Teilbericht vorgesehenen Erstreckung.

83 §§ 856 Abs. 4, 5 ZPO, § 248 AktG, Statussachen, §§ 145 Abs. 2, 147 KO.

84 Nachweise oben in Fn. 36.

die erfolgversprechende Möglichkeit eines außerordentlichen Rechtsbehelfes (§ 19) gegen das Urteil gegeben ist. Was verbleibt damit aber von den geltenden Prinzipien einer Erstreckung der Rechtskraft außer der Anknüpfung an die formelle Rechtskraft eines Urteils? Man sollte daher die Konsequenz ziehen und § 21 nicht als Rechtskrafterstreckung auffassen. Freilich liegt dann die Einordnung des neuen Rechtsinstituts nicht ohne weiteres auf der Hand. Es als Novum oder Wirkung eigener Art zu bezeichnen, vermag lediglich einen Aspekt zutreffend herauszustellen, darf aber von der Suche nach strukturellen Ähnlichkeiten mit bestehenden Instituten nicht abhalten.

Insofern ist auch auf die Erwägung einzugehen, ob die Wirkungen von § 21 vergleichbar sind mit denen der Nichtigerklärung von gesetzlichen Bestimmungen durch Verfassungsgerichte mit der Folge, daß das abstrakte Verfahren als eine Art Normenkontrollverfahren⁸⁵ anzusehen wäre. Die Entscheidungen der Verfassungsgerichte sind jedoch durch eine strikte Verbindlichkeit und umfassende Bindungswirkung für Behörden und Gerichte gekennzeichnet⁸⁶, haben bei der Normenkontrolle konstitutiven Charakter⁸⁷ und erwachsen auch bei wirksamkeitsbeahdenden Entscheidungen in Gesetzeskraft⁸⁸. Damit ist die einseitige und nur auf Einrede zu beachtende Wirkung von § 21 nicht vergleichbar, zumal die Verbindlichkeit der ihr zugrundeliegenden Entscheidung bereits gegenüber einem normalen zivilprozessualen Urteil herabgesetzt ist, worauf bei § 19 noch einzugehen sein wird. Zwar findet bei den Normenkontrollverfahren, die unter dem Rang von Gesetzen stehende Rechtsvorschriften zum Gegenstand haben, wie etwa § 47 VwGO, oft ebenfalls nur eine einseitige Wirkung statt, da lediglich den gültigkeitsverneinenden, nicht jedoch den die Gültigkeit behandelnden Beschlüssen Allgemeinverbindlichkeit zukommt⁸⁹. Aber die Wirkung von § 21 hat auch in dieser einen Richtung keine Allgemeinverbindlichkeit, da die Unwirksamkeit der AGB nicht allgemein, also in jeder Rechtsbeziehung, sondern nur gegenüber dem Verwender geltend gemacht werden kann. Als Gemeinsamkeit der Verfahren läßt sich damit lediglich feststellen, daß beiden eine abstrakte, also von konkreten Einzelrechtsbeziehungen losgelöste Prüfung zu eigen ist.

Hierin liegt aber auch ein erster Ansatz, der Wirkung von § 21 näherzukommen. Das Verfahren nach §§ 13 ff. findet losgelöst von den Rechtsbe-

85 So ausdrücklich These 1 Satz 2 des Zweiten Teilberichts zu der dort vorgeschlagenen Konzeption, die mit der jetzigen Regelung allerdings nicht völlig identisch ist. – Vgl. auch *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 14. Aufl., § 12 IX zur Unterlassungsklage nach § 13 AGBG: »Charakter einer abstrakten Normenkontrolle«.

86 Vgl. etwa § 31 BVerfGG.

87 *Maunz/Schmidt/Bleibtreu/Klein/Ulsamer*, BVerfGG, § 78 Rdn. 16.

88 *Maunz/Schmidt/Bleibtreu/Klein/Ulsamer*, BVerfGG, § 31 Rdn. 28.

89 *Eyermann/Fröhler*, VwGO, 6. Aufl., § 47 Rdn. 38, 41.

ziehungen statt, in denen die Frage nach der Wirksamkeit der AGB ihre eigentliche, konkrete Bedeutung hat. Werden die AGB mißbilligt, so bedarf es einer Ausstrahlung der Entscheidung auf diese künftigen, konkreten Individualrechtsbeziehungen nicht, soweit der Verurteilte dem vorliegenden gerichtlichen Untersagungsgebot nachkommt, da eine individuelle Betroffenheit dann überhaupt nicht eintreten kann. Der Anknüpfungspunkt für die Wirkung von § 21 ist daher in dem Verstoß gegen das gerichtliche Gebot zu suchen. Dieser Verstoß eröffnet zunächst dem obsiegenden Verband die Möglichkeit der schon erwähnten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, als deren Erweiterung § 21 aber schwerlich gesehen werden kann. Die auftauchende Frage, warum die Durchsetzbarkeit der Entscheidung auf vollstreckungsrechtlichem Weg für nicht ausreichend erachtet wurde, gibt Anlaß, auf das mit der Vorschrift verfolgte Anliegen näher einzugehen.

Die bislang erwähnten Einordnungsversuche weisen § 21 einen rein prozessualen Sinngehalt zu, indem seine eigentliche Bedeutung in der Bindung für das Gericht des Individualprozesses gesehen wird. Auf dieser Linie liegt auch die Begründung im Zweiten Teilbericht zum Zweck der dort vorgeschlagenen, mit § 21 vergleichbaren Vorschrift⁹⁰. Es solle dem Kunden das Prozeßrisiko abgenommen werden, daß trotz des bekannten Prüfungsurteils das Gericht des Individualrechtsstreits die AGB dennoch für wirksam erachte. Jedoch wurde in der Reformdiskussion als Manko der bisherigen Inzidentkontrolle weit weniger der Umstand widersprechender gerichtlicher Entscheidungen empfunden als vielmehr die Tatsache, daß trotz der anerkannten faktischen Breitenwirkung der Inzidenturteile die AGB weiter verwendet und gegenüber unerfahrenen Kunden auch durchgesetzt wurden, weil es in diesen Fällen gerade nicht zu einem Prozeß mit dem Verwender kam. Dann ging es aber darum, die Rechtsstellung der Kunden gegenüber dem Verwender zu verbessern und weniger um das Verhalten von oder vor Rechtspflegeorganen⁹¹. Insofern stellt Stein⁹² zutreffend fest, daß § 21 bereits die vorprozessuale Situation des Vertragsgegners verbessert; genau besehen ist dies die materiellrechtliche Position des Kunden. Gegen diese materiellrechtliche Betrachtungsweise von § 21 mag eingewendet werden, daß es eines derartigen materiellrechtlichen Schutzes ja gar nicht mehr bedürfe, da die Klauseln ohnehin nach §§ 9 ff. unwirksam sind. Jedoch wird der materiellrechtliche Schutz vorverlagert: Bereits der Verstoß gegen das rechtskräftige gerichtliche Verbot führt beim Individualvertrag zu einem

90 S. 47 ff. (These Nr. 11), in der allerdings eine Berücksichtigung von Amts wegen vorgesehen war; es interessiert hier jedoch in erster Linie, warum die gegebene Vollstreckungsmöglichkeit für nicht genügend angesehen wurde.

91 Zur Abgrenzung von Prozeßrecht und materiellem Recht vgl. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 19 ff., 407 f., der nach dem geregelten Lebensbereich unterscheidet.

92 § 21 Rdn. 3.

Wirksamkeitshindernis für die Klausel, wenn der Kunde eine entsprechende Einrede erhebt⁹³.

§ 21 ist demnach als eine neuartige materiellrechtliche Schutznorm aufzufassen. Die bestandskräftige Untersagung der Weiterverwendung im aufsichtlichen Kontrollverfahren begründet in den privatrechtlichen Einzelrechtsbeziehungen eine Einrede gegen die Wirksamkeit der betreffenden Klauseln. Will man Parallelen zu bestehenden Normen ziehen, so wäre noch am ehesten zu denken an eine nicht erteilte gerichtliche Genehmigung als rechtsgeschäftliches Wirksamkeitshindernis oder an die Wirkung eines gerichtlichen oder behördlichen Verbotes im Rahmen der §§ 135, 136 BGB. Mit letzterem würde auch der Gedanke wiederkehren, daß Kern des § 21 der Verstoß gegen das gerichtliche Verbot ist. Aus diesem kann auch die Einseitigkeit in der Wirkung von § 21 abgeleitet werden: Bei Abweisung der Verbandsklage fehlt es an einem derartigen Gebot. Eine materiellrechtliche Betrachtungsweise von § 21 vermag schließlich auch die ansonsten bei dessen S. 2 auftretende Widersprüchlichkeit zu vermeiden, daß eine Rechtskraftwirkung des Urteils wegfallen soll, wenn bereits allein die Möglichkeit der Urteilsbeseitigung besteht. Die (materielle) Wirkung von § 21 entfällt vielmehr, weil und sobald sie materiell nicht mehr gerechtfertigt ist. Woraus diese fehlende Rechtfertigung resultiert, wird im folgenden bei der Darstellung von § 19 zu erörtern sein.

Anzumerken ist zuvor noch, daß die hier vertretene materiellrechtliche Sicht von § 21 auf den Hauptgegenstand der Untersuchung, ob dem Verfahren als solchem materiellrechtliche Ansprüche der Verbände zugrunde liegen, keine präjudizierende Wirkung hat. Keinesfalls besteht ein zwingender Zusammenhang, die Grundlage des Verfahrens ebenso wie die von ihm ausgelöste Nebenfolge zu qualifizieren.

III. Die Vollstreckungsgegenklage nach § 19

1. ABWEICHUNGEN VON § 767 ZPO

Der Gesetzgeber hat in § 19 dem verurteilten Verwender einen Weg eröffnet, das gegen ihn ergangene Urteil oder zumindest dessen Wirkungen zu beseitigen. Er kann im Wege der Klage nach § 767 ZPO einwenden, daß nachträglich eine Entscheidung des BGH ergangen ist, welche die Verwendung der AGB nicht untersagt, wenn die Vollstreckung aus dem Unterlas-

93 Von einer Fiktion der Unwirksamkeit zu sprechen (so *Hobmann*, JZ 1975, 590 (594); *Löwe*, § 21 Rdn. 22), empfiehlt sich nicht, da die Klauseln außer bei einem unrichtigen Unterlassungsurteil schon ohne die Wirkung des § 21 unwirksam sind.

sungsurteil seinen Geschäftsbetrieb in unzumutbarer Weise beeinträchtigen würde. An der skeptisch beurteilten⁹⁴ Vorschrift wird als Neuerung vor allem hervorgehoben, daß bislang anerkanntermaßen bei § 767 ZPO eine spätere Änderung oder Abweichung der Rechtsprechung nicht geltend gemacht werden konnte⁹⁵. Die Begründung hierfür ergibt sich nach der h. M. daraus, daß der in § 767 ZPO gemeinte »festgestellte Anspruch« als der materiellrechtliche aufzufassen ist und demgemäß auch nur gegen diesen gerichtete materiellrechtliche Einwendungen vorgebracht werden können, zu denen die abweichende Beurteilung einer Rechtsfrage in einem anderen Prozeß sicher nicht zu zählen ist. Nachdem § 19 für das AGBG hiervon eine Ausnahme macht, läßt sich auf dieser Grundlage ein weiteres Mal an der Qualifizierung des in § 13 geregelten Rechtsverhältnisses als materiellrechtlicher Anspruch zweifeln. Ein Anspruch, dessen materiellrechtlicher Fortbestand von der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung abhängt, wäre eine völlig neuartige Figur.

Allerdings ist in jüngerer Zeit von *Gilles*⁹⁶ Kritik gegen die allgemein vertretene Auffassung erhoben worden, daß der Anspruch i. S. von § 767 ZPO und die gegen ihn gerichteten Einwendungen materiellrechtlich zu qualifizieren seien. *Gilles* ist zuzugestehen, daß sich in der von ihm bekämpften Meinung Relikte einer zivilistischen Prozeßauffassung finden, die angesichts des heutigen Verständnisses einer eigengesetzlich-prozessualen Wertung von Prozeßrechtsinstituten noch nicht völlig aufgearbeitet sind. Andererseits läßt sich nicht leugnen, daß § 767 ZPO primär materiellrechtlichen Rechtsänderungen Rechnung tragen will, sei es, daß man in diesen unmittelbar die Einwendungen oder wie *Gilles* lediglich den Grund der prozessual aufzufassenden Einwendungen sieht. Jedenfalls können über § 767 ZPO nur solche Gesichtspunkte vorgebracht werden, die im Erkenntnisverfahren, hätten sie dort schon vorgelegen, von entscheidungserheblicher Bedeutung gewesen wären⁹⁷. Mangels einer Bindung der Gerichte an in anderen Rechtsstreiten ergangene oberinstanzielle Urteile trifft dies damit nach jedem bisherigen Verständnis von § 767 ZPO auf die durch § 19 zugelassene Einwendung nicht zu.

Davon zu unterscheiden ist, daß sich neben § 19 die Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage auch bereits aus allgemeinen Grundsätzen über die zeitliche Wirkung von Unterlassungsurteilen ergeben kann. Darauf hat

94 Vgl. *Löwe*, § 19 Rdn. 1; *Stein*, § 19 Rdn. 1; *Schlosser*, § 19 Rdn. 1. – Auch der Bundesrat hatte bei der Anrufung des Vermittlungsausschusses (BT-Drucks. 7/5617, S. 4) die Streichung der Vorschrift beantragt. – Siehe aber dagegen unten Fn. 116.

95 Etwa *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 19. Aufl., § 767 II 1 a. E.; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 36. Aufl., § 767 2 C.

96 ZJP 83 (1970), 61.

97 Dazu *Gilles* (Fn. 96), S. 111.

neuerdings *Grunsky*⁹⁸ für die Fälle hingewiesen, daß nach Rechtskraft des Unterlassungsurteils eine Gesetzesänderung⁹⁹, eine Änderung der AGB oder ein Wandel der Beurteilung von Treu und Glauben¹⁰⁰ eintritt. *Grunsky* stellt hierbei vor allem darauf ab, daß jedes Unterlassungsurteil »in die Zukunft hinein« über noch nicht entstandene Ansprüche entscheide¹⁰¹. Ob allgemein die Besonderheit von Unterlassungsansprüchen es rechtfertigt, sie hinsichtlich der Rechtskraft dem Vorbehalt der *clausula rebus sic stantibus* zu unterstellen, kann hier offenbleiben; § 19 will jedenfalls nicht solchen allgemeinen Veränderungen, sondern einem spezifischen Umstand des abstrakten Kontrollverfahrens Rechnung tragen. Auf diesen wird noch näher einzugehen sein.

Eine weitere Abweichung von § 19 gegenüber der Vollstreckungsgegenklage ergibt sich für die Ansicht, die § 21 als einen Fall der Rechtskrafterstreckung ansieht, weil dann notwendigerweise der Rechtsbehelf des § 19 auch auf die Beseitigung der rechtskräftigen Feststellung der AGB-Unwirksamkeit gerichtet sein muß, während das Ziel der Klage nach § 767 ZPO von der h. M.¹⁰² darin gesehen wird, daß lediglich die Vollstreckbarkeit der Entscheidung aufgehoben wird, wobei deren Rechtskraft aber unangetastet bleibt. *Schlosser*¹⁰³ ordnet aus diesem Grund § 19 als ein der Wiederaufnahme ähnliches Rechtsinstitut ein, während *Löwe*¹⁰⁴ – von seinem Ausgangspunkt her wenig überzeugend – den Widerspruch dadurch zu lösen versucht, indem er nun anders als sonst die Frage der Unwirksamkeit der AGB als unselbstständiges, also nicht in Rechtskraft erwachsendes Element ansieht. Nach der hier vertretenen Auffassung wird die Feststellung der Unwirksamkeit der AGB bereits grundsätzlich nicht von der Rechtskraft des Unterlassungsurteils erfaßt.

2. DIE VORAUSSETZUNGEN DES RECHTSBEHELFS

Das den Rechtsbehelf auslösende Ereignis ist eine Entscheidung des BGH bzw. des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe, die zum Inhalt haben muß, daß die Verwendung der betreffenden AGB-Klausel nicht untersagt wird. Im Hinblick auf diese Gesetzesformulierung stellt *Schlosser*¹⁰⁵

⁹⁸ Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, S. 325 ff.

⁹⁹ Vgl. dazu auch *Habscheid*, ZZP 78 (1965), 401 (445 ff.).

¹⁰⁰ Auch im Wettbewerbsrecht wird bei einem Wandel der Bedeutungsvorstellungen des Publikums die Klage nach § 767 ZPO zugelassen; BGH GRUR 1973, 429.

¹⁰¹ *Grunsky* (Fn. 98), S. 329.

¹⁰² Etwa *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 19. Aufl., § 767 Anm. I 1.

¹⁰³ § 19 Rdn. 3.

¹⁰⁴ § 19 Rdn. 6.

¹⁰⁵ § 19 Rdn. 6.

zutreffend fest, daß nach ihrem Wortlaut nahezu jedes Urteil des BGH die Voraussetzung erfüllt und fügt die kritische Bemerkung an, daß der Gesetzgeber, der aus dem Prokrustesbett der Unterlassungsklage nicht habe ausbrechen können, sich hier im Gestrüpp der von ihm verwandten, aber nicht durchdachten Begriffe verfangen habe. Gemeint ist nämlich eine Entscheidung, in der aufgrund einer sachlichen Prüfung die betreffende Klausel als wirksam angesehen wird. Die Gesetzesformulierung wird demnach überwiegend darauf bezogen, daß die Entscheidung des BGH in einem Unterlassungsverfahren nach § 13 ergangen sein muß. Ein derartiges Urteil äußert an sich nur faktische Wirkungen, da es ja nicht in dem (bereits rechtskräftig abgeschlossenen) Verfahren gegen den verurteilten Verwender ergeht. Diese sind wie auch sonst bei höchstrichterlichen Entscheidungen darin zu sehen, daß künftig die Rechtspraxis sich an dem Urteil ausrichten wird. Eine solche Situation kann aber auch entstehen, wenn eine BGH-Entscheidung außerhalb des abstrakten Verfahrens inzidenter die Wirksamkeit bejaht. Wie sich noch zeigen wird, steht weder der Zweck des abstrakten Verfahrens noch ein Interesse der Parteien des Unterlassungsprozesses einer Berücksichtigung solcher Inzidententscheidungen bei § 19 entgegen¹⁰⁶.

In der durch eine ergangene BGH-Entscheidung ausgelösten faktischen Breitenwirkung ist einer der wesentlichen Aspekte für die § 19 zugrundeliegende Wertung zu sehen. Eine Verdrängung der höchstrichterlich für wirksam erachteten Klausel aus dem Rechtsverkehr ist realiter kaum mehr möglich und von einem der Revisionszwecke her, der Wahrung und Herstellung der Rechtseinheit, auch sachlich nicht mehr geboten. Das gegen einen einzelnen Verwender bestehende rechtskräftige Unterlassungsgebot verliert damit entscheidend an Tragfähigkeit.

Die zweite gesetzliche Voraussetzung knüpft an die persönliche Situation des dergestalt betroffenen Beklagten an und verlangt eine unzumutbare Beeinträchtigung in dessen Geschäftsbetrieb. Mit diesem Kriterium scheint der oft bezweifelte, vom Gesetzgeber jedoch anerkannte¹⁰⁷ Rationalisierungseffekt von AGB¹⁰⁸ auf eine konkrete Probe gestellt zu sein. Auch wenn man von einer solchen Wirkung der AGB bei der Geschäftsabwicklung ausgeht, so wird diese kaum kostenmäßig so stark anzusetzen sein, daß durch den Verzicht auf einzelne Klauseln eine unzumutbare Beeinträchtigung entstehen könnte. Allerdings läßt sich, was wesentlich bedeutsamer ist, durch AGB auch an Folgekosten sparen, indem etwa Gewährleistungs- und Haftungsansprüche abbedungen werden, so daß es hier zu spürbaren Nachteilen kommen kann. Dementsprechend wird teilweise¹⁰⁹ der Anwendungsbereich

106 Ebenso Schlosser, § 19 Rdn. 9; anders die h. M.

107 Vgl. BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 2.

108 Dazu Münchener Kommentar (Gerlach), vor § 13 Rdn. 8 bei Fn. 8.

109 Löwe, § 19 Rdn. 17; Ulmer/Hensen, § 19 Rdn. 9; Münchener Kommentar (Gerlach), § 19 Rdn. 9.

von § 19 auf solche gewichtigen AGB-Klauseln beschränkt. Die Gegenansicht¹¹⁰ tritt für eine großzügige Auslegung des Unzumutbarkeitsmerkmals ein und kann hierfür auf die Gesetzesmaterialien hinweisen. Nach der Begründung zu § 19¹¹¹ soll die Unzumutbarkeit nämlich bereits dann gegeben sein, wenn andere Mitbewerber die Bestimmung verwenden und sich dadurch für den Verurteilten Nachteile im Wettbewerb ergeben könnten. Dieser Auffassung ist wegen der oben bereits erwähnten Funktionslosigkeit des bestehenden Verbotes zuzustimmen. Ein Bruch zum Gesetzeswortlaut liegt dabei nicht vor, da das Gesetz nicht auf den Wert der Verwendung abstellt, sondern auf die Beeinträchtigung durch die Zwangsvollstreckung und damit auf das mit jeder Verwendungshandlung nach § 890 ZPO anfallende Ordnungsgeld, das auch bei Klauseln von geringer wirtschaftlicher Bedeutung entsteht.

3. GRÜNDE FÜR DIE GEMINDERTE BESTANDSKRAFT DER ENTSCHEIDUNG

Hervorzuheben ist, daß nach beiden Ansichten der dem verurteilten Verwender entstehende Nachteil aus seinem Verhältnis zu anderen Verwendern abgeleitet wird und damit als Kern von § 19 die Beseitigung einer Ungleichbehandlung hervortritt, mögen auch an deren Spürbarkeit unterschiedliche Anforderungen gestellt werden. Warum dieser Gleichheitsgedanke bei der Durchbrechung von Entscheidungen nach §§ 13 ff. im Gegensatz zu herkömmlichen Urteilen Beachtung findet, sei am Problem der analogen Anwendung von § 19 zugunsten des zum Unterlassen verurteilten Empfehlers aufgezeigt. Eine solche wird von der überwiegenden Meinung¹¹² abgelehnt, wobei jedoch der zur Begründung vorgebrachte Hinweis, beim Empfehler werde eine Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs praktisch nie vorliegen, nicht zu überzeugen vermag, wenn man sich vergegenwärtigt, daß u. U. auch Verleger als Empfehler in Betracht kommen. Dagegen erachtet *Löwe*¹¹³ zwar ein sachliches Bedürfnis für eine Anwendung auf den verurteilten Empfehler für gegeben, sieht sich aber wegen des Ausnahmecharakters von § 19 trotz verfassungsrechtlicher Bedenken an die wörtliche Auslegung gebunden. Eine Ausnahmenvorschrift ist aber methodisch durchaus einer Erweiterung fähig, wenn auf diese der Ausnahmegrund ebenfalls zutrifft¹¹⁴. Dieser findet sich sowohl in der Situation des vom Urteil Betroffenen als vor allem auch in dem mit der abstrakten Klage verfolgten Ziel. Mit

110 *Schlosser*, § 19 Rdn. 7; *Dietlein/Rebmann*, § 19 Rdn. 2.

111 BT-Drucks. 7/5422 (Rechtsausschuß), S. 12.

112 *Ulmer/Hensen*, § 19 Rdn. 2; *Palandt/Heinrichs*, § 19 Anm. 2 a; *Stein*, § 19 Rdn. 2; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 19 Rdn. 4.

113 § 19 Rdn. 3.

114 Vgl. dazu *Larenz*, Methodenlehre, 3. Aufl., S. 343 f.

*Schlosser*¹¹⁵ hat man sich vor Augen zu halten, daß es einigermaßen skurril wäre, wenn Bedingungen auf dem Markt durch alle Unternehmen massenweise verwandt werden könnten und im allgemeinen auch zur Verwendung empfohlen werden dürften, nur nicht durch einen einzigen oder wenige Empfehler, die früher zur Unterlassung verurteilt wurden. Den Zweck des abstrakten Verfahrens, den Rechtsverkehr von unzulässigen Klauseln freizuhalten, kann das erstrittene Urteil nicht mehr leisten, wenn praktisch jedermann mit den Bedingungen auf dem Markt auftreten kann. Die Bereinigungsfunktion der Verbandsklage verliert dadurch sowohl beim Empfehler wie beim Verwender ihren Sinn. Die gewonnene Erkenntnis, daß der Verband im abstrakten Verfahren keinen Individualrechtsschutz verfolgt, sondern im Allgemeininteresse klagt, schlägt sich damit auch in der Bestandskraft des Urteils nieder¹¹⁶. Die Verbindlichkeit eines herkömmlichen Zivilurteils beruht im wesentlichen auf dem Prozeßzweck des Schutzes und der Durchsetzung subjektiver privater Rechte, um zunächst im Interesse der Parteien zu einer verbindlichen Festlegung ihrer Rechtsbeziehungen und einer endgültigen Streitentscheidung zu gelangen. Hat der obsiegende Verband aber keine individuellen Rechte durchgesetzt und ging es im Verfahren nicht primär um die endgültige Entscheidung eines individuellen Streits, so ist jedenfalls vom Parteiinteresse her eine strikte Bestandskraft der Entscheidung weit weniger geboten. Damit wird erneut ein Strukturunterschied des abstrakten Verfahrens zum Individualrechtsschutz deutlich und die Frage dringend, ob es sinnvoll ist, die Grundlage des Verfahrens einem Begriff zuzuordnen, der gerade eine zentrale Figur des Individualrechts und des Individualrechtsschutzes bezeichnet, dem materiellrechtlichen Anspruch.

115 § 19 Rdn. 4.

116 Diese geminderte Bestandskraft wird von *Gerlach* (Münchener Kommentar, § 19 Rdn. 1) als »vielleicht sogar fruchtbarer, neuer rechtspolitischer Gedanke« begrüßt. Legt man das Schwergewicht der Verbandsklage auf das öffentliche Ordnungsinteresse (siehe dazu unten E III 1, 2) so ist die in § 19 geschaffene Korrekturmöglichkeit trotz mancher Ungereimtheiten in der Tat gerechtfertigt, wenn nicht sogar geboten.

E. Dogmatische Einordnung der Verbandsklage nach § 13 AGBG

I. Der Meinungsstand zu § 13 AGBG

Die Kommentare und die Literatur zum AGBG vertreten nahezu einhellig die Ansicht, daß den Klagen nach § 13 eigene materiellrechtliche Ansprüche der Verbände zugrunde liegen¹. Zweifel an dieser dogmatischen Einordnung werden nur teilweise geäußert. *Hensen*² führt an, daß die Ansprüche zwar nicht aus der Verletzung eigener materieller Rechte der Klagebefugten, sondern aus der Verletzung des Schutzobjekts des AGBG entspringen würden. Sie ließen sich aber noch am ehesten als solche mit materiellrechtlicher Natur auffassen. *Sieg*³ verwendet den Ausdruck des »abstrakten Anspruchs« und fügt hinzu, man möge auch von einem Sozialanspruch reden, da der Verband immerhin Parallelinteressen der Kunden verfolge, doch führe dies nicht zu juristischen Konsequenzen. *Gerlach*⁴ spricht schließlich gar von einem »abnormen, abstrakten Anspruch«, den er als Grundlage einer »besonderen, privatrechtlich ausgestalteten Sorgezuständigkeit«⁵ der Verbände auffaßt. Neben ihm bemüht sich *Schlosser*⁶ am eingehendsten um eine Begründung und Abwägung bei der dogmatischen Erfassung und setzt hierfür bei den zur wettbewerbsrechtlichen Verbandsklage nach § 13 UWG vertretenen Interpretationen an. Eine Deutung der Verbandsklage im AGBG als Prozeßstandschaftsregelung sei abzulehnen. Dagegen sei die Annahme einer isolierten Prozeßführungsbefugnis ohne materielles Substrat zwar möglich und auf der Grundlage des geltenden Rechts auch widerspruchsfrei durchzuführen,

1 *Schlosser*, § 13 Rdn. 8; *Münchener Kommentar (Gerlach)*, § 13 Rdn. 8; *Löwe*, § 13 Rdn. 4; *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 15; *Palandt-Heinrichs*, vor § 13 Anm. 2; *Dietlein/Rebmann*, vor § 13 Rdn. 2; *Stein*, § 13 Rdn. 8; *Sieg*, VersR 1977, 489 (492); *Müller-Graf* JZ 1977, 245 (254); *Tilmann*, ZHR 142 (1978), 55; offenklassend *Koch/Stübing*, § 13 Rdn. 22.

2 *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 5.

3 VersR 1977, 492.

4 *Münchener Kommentar*, § 13 Rdn. 28.

5 *Münchener Kommentar*, § 13 Rdn. 4.

6 § 13 Rdn. 8.

gelange aber zu keinen praktischen Ergebnissen, die von denen des Verständnisses der Verbandsklage als Ausdruck einer materiellen Berechtigung abweichen. Zudem habe sie Schwierigkeiten bei der Anknüpfung an andere Rechtsinstitute⁷, so daß die Annahme materieller Ansprüche die sinnvollste Zuordnung des neuen Rechtsinstituts sei.

Zurückhaltender und sich weniger festlegend sind diejenigen Stimmen, die aus der Sicht des Zivilprozesses die Verbandsklage des AGBG erwähnen. *Stein/Jonas/Leipold*⁸ behandeln sie als einen der Fälle, bei denen ein gesetzlich anerkanntes Prozeßführungsrecht nicht immer erkennbar genug auf ein eigenes materielles Recht der Partei bezogen oder mit hinreichender Sicherheit aus einem materiellen Recht abzuleiten sei. *Arens*⁹ führt sie als eine Privaten verliehene Klagebefugnis an, die diesen nicht um ihres eigenen Interesses willen zustehe, sondern dem Schutz bestimmter Institutionen diene. In solchen Fällen könne der Prozeßzweck auch der Schutz von Rechtsinstitutionen sein. *Baur*¹⁰ sieht die Verbandsklage im AGBG als gerichtliche Geltendmachung gemeinsamer Interessen mehrerer; es handele sich um eine Interessenbündelung, die ihren prozessualen Ausdruck in der Klagebefugnis dieser Verbände finde.

Nicht unerwähnt bleiben soll am Ende dieses Überblicks der Versuch einer dogmatischen Einordnung, der sich in den Gesetzesmaterialien findet. Er mag überraschen, da das Gesetz selbst in § 13 ausdrücklich den Begriff des Unterlassungs- und Widerrufsanspruchs verwendet. Gemeint ist die Formulierung im Bericht des Rechtsausschusses¹¹, der Ausschuß empfehle die Einführung einer abstrakten »Unterlassungs- und Widerrufsklage (eingeschränkte Popularklage)«.

Mit dieser kursorischen Darstellung des Meinungsstandes zu § 13 AGBG sind im wesentlichen bereits die Kategorien des geltenden Zivil- und Zivilprozeßrechts angedeutet, denen die Verbandsklage des AGBG zugeordnet werden könnte. Zugleich hat sich ein enger Bezug auf die zu den wettbewerbsrechtlichen Verbandsklagen vorzufindenden Interpretationen gezeigt. Auf diese und ihre Begründungen, aber auch auf Unterschiede der wettbewerbsrechtlichen Verbandsklage zu der des AGBG wird jeweils bei den nun folgenden Einzeluntersuchungen eingegangen werden.

7 Dazu näher unten E II 1 b cc.

8 ZPO, 20. Aufl., vor § 50 Rdn. 40; vgl. auch *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdn. 8, 527, wo die Verbandsklage unter dem Begriff des »Sozialen Prozeßrechts« und als mögliche Ausnahme vom Prozeßzweck des Schutzes subjektiver Rechte erwähnt wird.

9 In: *Humane Justiz*, S. 5.

10 FS zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, S. 171.

11 BT-Drucks. 7/5422, S. 3.

II. Untersuchung der in Betracht kommenden Einordnungsmöglichkeiten

1. KLAGE AUS MATERIELLRECHTLICHEN ANSPRÜCHEN DER VERBÄNDE

a) Der Anspruchsbegriff im geltenden Zivilrecht

aa) Inhalt und »Wesen« des Anspruchs

Wer glaubt, der Begriff des Anspruchs habe in der langen Zeit seit seiner Schöpfung durch Windscheid und der Übernahme in das BGB (§ 194) eine eindeutige Fixierung erfahren, sieht sich bei einem Blick auf den heutigen Stand der Lehre getäuscht. Georgiades¹² hat die Lage zwar drastisch, aber doch treffend mit einem Zitat von Hellwig aus dem Jahre 1900 gekennzeichnet: »Es gibt in der modernen Rechtssprache kaum einen Begriff, der nach seiner durch Windscheid geschehenen Einbürgerung nicht nur in der Literatur und Praxis, sondern auch in den Gesetzen in so verschiedenem Sinne gebraucht wird, als der des Anspruchs¹³.«

Unterschiedliche Ansichten bei der Erfassung des Begriffes zeigen sich zum einen bei der Frage, ob der Anspruch seinem Inhalt und Wesen nach ausschließlich materiellrechtlich aufzufassen ist und keine prozessualen Elemente enthält. Der Gegenstand dieser Kontroverse läßt sich auch dahin formulieren, ob das von Windscheid bei seiner Begriffsschöpfung¹⁴ verfolgte Anliegen gelungen ist, die actio des römischen Rechts von allen prozessualen Elementen zu befreien und durch einen Begriff rein materiellen Inhalts abzulösen. Windscheid war vom subjektiven Recht ausgegangen und verstand unter dem Anspruch die Richtung dieses Rechts nach außen. Die gerichtliche Verfolgbarkeit sei erst die Konsequenz des Rechts, nur so könne dem geänderten Rechtsbewußtsein Rechnung getragen werden, welches das Recht als das Prius, die Klage als das Spätere ansehe¹⁵. Anspruch war damit das subjektive Recht selbst in seiner Wirkungsweise nach außen gegenüber anderen Personen. Eine Folge, vielleicht auch Prämisse, dieser Begriffsbildung war, daß der Anspruch keine Rechtsverletzung voraussetzte, da er schon aus dem Bestand des (subjektiven) Rechts folgte, gleichsam dieses selbst darstellte nur aus einem anderen Blickwinkel gesehen. Über den Inhalt des Anspruchs war damit noch wenig gesagt, hing er ja vom Inhalt des jeweiligen Rechtes ab. Windscheid hat ihn als die Befugnis gekennzeichnet, von einem anderen ver-

12 Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, S. 129.

13 Hellwig, Anspruch auf Klagerecht, S. 5.

14 Zur Anspruchsbildung Windscheids vgl. aus neuerer Zeit Schapp, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, S. 69 ff.; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch im Zivilprozeß, S. 16 ff.

15 Windscheid, Die Actio des römischen Zivilrechts, S. 3, 6.

langen zu können, was einem gebührt¹⁶. An diese enge Verknüpfung bzw. fast völlige Gleichsetzung des Anspruchs mit dem subjektiven Recht bei Windscheid knüpft etwa die Schilderung Lehmanns¹⁷ an, der Anspruch fasse alle im subjektiven Recht gelegenen Möglichkeiten zusammen, es nach dem Willen des Berechtigten geltend zu machen.

Dem eben dargelegten Begriffsverständnis bei Windscheid wird im allgemeinen eine sog. »prozessuale« Auffassung des Anspruchsbegriffs gegenübergestellt¹⁸. Gemeint sind damit die Äußerungen von Rehfeldt¹⁹ und Esser²⁰, die beide die gerichtliche Verfolgbarkeit des subjektiven Rechts als das wesentliche Merkmal des Anspruchs betont haben. So versteht Rehfeldt den Anspruch als »die dem Berechtigten gegebene Befugnis, den ihm Verpflichteten gerichtlich anzusprechen«²¹. Esser führt aus, daß der Begriff des Anspruchs nur im Prozeß einen Sinn habe²², und definiert ihn als die dem Schuldverhältnis oder dem absoluten (dinglichen) Recht beigegebene Möglichkeit, vom Gegner die Leistung gerichtlich zu verlangen²³.

Die heute wohl überwiegende Auffassung sieht den Anspruch als vornehmlich materiellrechtliches Gebilde an, das aber zugleich auch prozessuale Elemente enthalte²⁴. Nach Larenz bezeichnet der Anspruchsbegriff des BGB in erster Linie eine materiellrechtliche Position, sei aber zugleich »auf den Prozeß zugeschnitten«²⁵. Die actio des römischen Rechts sei im heutigen Anspruchsbegriff aufgegangen, dieser enthalte neben den Elementen der actio aber auch und primär die materielle Berechtigung. In ähnlicher Weise sieht Georgiades den Schwerpunkt des Anspruchsbegriffs im materiellen Recht, zählt aber zu seinem Inhalt auch die Möglichkeit, die geschuldete Leistung klageweise zu erzwingen²⁶.

Der skizzierte Streit um »prozessuale« Elemente im Anspruchsbegriff gibt für die zu klärende Frage, wann eine eingeräumte Befugnis als Anspruch anzusehen ist, nur wenig her. Die Erörterungen, wo ein Begriff seine Bedeutung oder seinen Schwerpunkt hat, setzen in gewisser Weise bereits ein Vorverständnis des Begriffs voraus. Zudem geht auch die sog. »prozessuale«

16 Windscheid (Fn. 15), S. 5 f.

17 Lehmann/Hübner, Allg. Teil des BGB, 15. Aufl., § 13 I 1.

18 Vgl. Georgiades (Fn. 12), S. 130 f.; Okuda, AcP 167 (1964), 536 (538 ff.).

19 Rehfeldt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., S. 61 ff.

20 Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, S. 159 ff.

21 Rehfeldt (Fn. 19), S. 61.

22 Esser (Fn. 20), S. 160.

23 Esser (Fn. 20), S. 311.

24 Larenz, Allg. Teil des BGB, 4. Aufl., § 14 I; Bruns, FS für Ekelöf, S. 166; Georgiades (Fn. 12), S. 133; Okuda, AcP 164 (1964), 547 Fn. 27.

25 Larenz (Fn. 24), § 14 I.

26 Georgiades (Fn. 12), S. 134.

Auffassung nicht so weit, daß sie etwa den Anspruch als prozeßrechtliches Institut ansieht, das aus dem BGB in die ZPO zu verweisen wäre, sondern betrachtet ihn gleichwohl als etwas, was aus dem subjektiven Recht folgt²⁷.

bb) Struktur und Funktionen des Anspruchs

Es ist daher angezeigt, den Anspruchsbegriff nach Struktur und Funktionen zu untersuchen, insbesondere zunächst das Verhältnis des Anspruchs zum subjektiven Recht näher zu bestimmen. Für die eingangs dargestellte Anspruchskonzeption bei *Windscheid* ist die Frage nach der Beziehung des Anspruchs zum subjektiven Recht mit der erwähnten Gleichsetzung beider Begriffe bereits beantwortet. *Windscheid* hatte dabei in erster Linie das obligatorische Recht (Forderungsrecht) im Auge, wo die Gleichsetzung unmittelbar einleuchtet, da die Forderung bereits von ihrem Inhalt her ein nach außen gegen eine bestimmte Person gerichtetes Recht auf eine Leistung darstellt²⁸. Diese Identifizierung von Anspruch und Forderung entspricht auch der heutigen h. M.²⁹, die in der Forderung eine Art von Ansprüchen sieht. Die Ansprüche in der Gestalt von Forderungsrechten zählt man demgemäß zu den subjektiven Rechten³⁰.

Bei den dinglichen Ansprüchen wird dagegen eine Gleichstellung zwischen dem Anspruch und dem hinter ihm stehenden Recht abgelehnt. Diese Sonderung des Anspruchs vom Recht findet sich bereits in den Motiven zum BGB angedeutet, wo in Anlehnung an *Windscheid* unter Anspruch das Recht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person verstanden wird. Davon ausgehend heißt es: »Das obligatorische Recht erschöpft sich in dieser persönlichen Richtung, es geht auf in dem Anspruche oder in den Ansprüchen, welches es erzeugt. Das dingliche Recht erstreckt sich über den aus ihm erwachsenen dinglichen Anspruch hinaus, das Erlöschen des letzteren läßt das Recht selbst unberührt³¹.« Der Grund für diese begriffliche Trennung bei den dinglichen Ansprüchen liegt einmal in der Regelung der Verjährung, die

27 *Rehfeldt* (Fn. 19), S. 63; vgl. auch *Esser* (Fn. 20), S. 159: »... in seiner Durchsetzungs- und Schutzfunktion gegenüber anderen pflichtschuldigen Personen, nennt man das subjektive Recht nach dem Sprachgebrauch unserer Gesetze Anspruch.«

28 Andererseits hat dies *Windscheid* den Vorwurf eingebracht, es bestehe dann kein Bedürfnis und keine Notwendigkeit, neben dem subjektiven Recht und der Klage einen besonderen Begriff einzuführen, vgl. dazu *Okuda*, AcP (1964), 541 f. (m. w. N.).

29 *Larenz*, Schuldrecht, Allg. Teil, 11. Aufl., § 2 II; *Lehmann/Hübner* (Fn. 17), § 13 II 2; *Georgiades* (Fn. 12), S. 133 m. w. N.

30 Etwa *Larenz* (Fn. 29).

31 Motive I, S. 291.

nur den Anspruch, nicht aber das Recht selbst ergreifen soll, zum anderen in dem Umstand, daß die strenge Durchhaltung der Windscheidschen Konzeption zu dem Gebilde des »Anspruchs gegen jedermann« führt, auf das noch zurückzukommen sein wird.

Auf dem unterschiedlichen Verhältnis des Anspruchs zum subjektiven Recht beruht auch die allgemein³² getroffene Unterscheidung der Ansprüche in struktureller Hinsicht, die Unterteilung der Ansprüche in selbständige und unselbständige. Die selbständigen Ansprüche tragen ihren Sinn in sich selbst, sie sind nicht auf ein anderes, ihnen vorausliegendes Recht bezogen. Es handelt sich bei ihnen um ein Substanzrecht, das einen selbständigen wirtschaftlichen Wert verkörpert. Hierzu werden die Forderungen und die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche gerechnet. Auf sie treffen die Funktionen zu, die Henckel³³ herausgearbeitet und für die Streitgegenstandslehre nutzbar zu machen versucht hat. Der Anspruch ist hier Verfügungsobjekt von wirtschaftlichem Wert, Bezugspunkt der Erfüllung und Grundlage von akzessorischen Sicherungsrechten.

Die unselbständigen Ansprüche sind dagegen dienenden Charakters und auf ein primäres Recht bezogen, dem sie bei Gefährdung oder Beeinträchtigung zur Wirksamkeit verhelfen und dessen Bestand sie sichern sollen. Zu ihnen werden vor allem die dinglichen Ansprüche³⁴ gezählt, wie der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB und der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB. Sie verkörpern keinen eigenständigen wirtschaftlichen Wert und sind wegen ihrer Beziehung auf das Stammrecht auch nicht selbständig abtretbar³⁵.

Bereits aus dieser Gegenüberstellung von selbständigen und unselbständigen Ansprüchen wird deutlich, daß dem Begriff des Anspruchs keine völlig einheitliche Bedeutung zugemessen werden kann. Er steht einmal zur Bezeichnung eines subjektiven Rechts, zum anderen zur Bezeichnung einer Rechtsstellung, die aus dem subjektiven Recht folgt und mit diesem ver-

32 Larenz (Fn. 24), § 14 I; Georgiades (Fn. 12), S. 134; Okuda, AcP 164 (1964), 541.

33 Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 258 ff., 262 ff.

34 Zu den dinglichen Ansprüchen zählen nach der herrschenden Terminologie nur die Ansprüche, deren Aufgabe es ist, dem dinglichen Recht unmittelbar zur Geltung zu verhelfen, nicht aber der Schadensersatzanspruch aus der Verletzung eines absoluten Rechts (§ 823 I BGB), der als schuldrechtlicher und damit selbständiger Anspruch gesehen wird, vgl. Lehmann/Hübner (Fn. 17) § 13 II 2 c.

35 Larenz (Fn. 24), § 14 I a. E.; Lehmann/Hübner (Fn. 17), § 13 II 2 c. Für den Eigentumsherausgabeanspruch ist dies wegen § 931 BGB nicht unbestritten, jetzt aber h. M.; dazu Larenz a.a.O., Fn. 1 m. w. N.; Medicus, Bürgerliches Recht, 8. Aufl., § 19 III 1; Palandt/Bassenge, § 931 BGB Anm. 3 a aa; Lent/Schwab, Sachenrecht, 16. Aufl., § 44 IV.

knüpft ist, jedoch nicht mit diesem zusammenfällt. Im folgenden ist vor allem dem Anspruch im letzten Sinn Beachtung zu schenken, dem unselbstständigen Anspruch, der darauf bezogen ist, einem primären Recht unmittelbar Geltung und Schutz zu verschaffen. Es wird zu klären sein, ob als dieses primäre Recht allein ein subjektives Recht in Betracht kommt oder ob sich auch der Schutz von Rechtsgütern und rechtlich geschützten Interessen in der Form von Ansprüchen vollzieht. Eine Zuordnung der den Verbänden eingeräumten Rechtsstellung zur Gruppe der selbständigen (Substanz-)Ansprüche scheidet nämlich ebenso aus wie eine Deutung als Anspruch zum Schutz eines subjektiven Rechts des Verbandes und wird von der h. M. ersichtlich auch nicht erwogen. Für den damit verbleibenden Schutz von Rechtsgütern und rechtlich anerkannten Interessen ist der Anspruchscharakter allerdings bereits bei den herkömmlichen zivilrechtlichen Gestaltungen umstritten. Die Kontroverse wird vor allem im Rahmen der Einordnung der zivilrechtlichen Unterlassungsklage ausgetragen.

*cc) Die dogmatische Erfassung der allgemeinen
zivilrechtlichen Unterlassungsklagen*

Die seit langem bestehenden Meinungsverschiedenheiten, ob der Unterlassungsklage ein materieller Unterlassungsanspruch zugrunde liegt, beziehen sich primär auf die negatorischen und quasi-negatorischen Unterlassungsklagen³⁶, während die aus vertraglichen Bindungen entstehenden Unterlassungsansprüche weitgehend außer Streit stehen³⁷. Von einer Ansicht³⁸ wird das Vorliegen von Ansprüchen sowohl bei den negatorischen wie bei den quasi-negatorischen Klagen verneint. Sie betrachtet diese Klagen als einen rein prozessualen Rechtsbehelf, als eine besondere prozessuale Rechtsschutzform zur Abwehr von Beeinträchtigungen absoluter Rechte und geschützter Rechtsgüter. Eine andere Auffassung³⁹ verneint lediglich bei den quasi-negatorischen, nicht aber bei den negatorischen Unterlassungsklagen das Vorliegen von Ansprüchen. Die heute wieder im Vordringen befindliche

36 Negatorische Unterlassungsklagen haben den Schutz absoluter Rechte, quasi-negatorische den von Rechtsgütern und Individualinteressen zum Gegenstand; vgl. zur Terminologie auch *Baur*, JZ 1966, 381.

37 Vgl. aber *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., vor § 253 II 1 b, die auch solche Ansprüche in die Problemerkörterung einbeziehen.

38 *Siber*, Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 99 ff.; *Nikisch*, ZPR, 2. Aufl., § 38 IV 3; *Neumann-Duesberg*, JZ 1955, 480; *Herbst*, Die Bedeutung des Rechtsschutzanspruches für die moderne Zivilprozeßrechtslehre (Diss. Bonn), S. 406 ff.; von *Caemmerer*, FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentags, Bd. II, S. 53.

39 *Esser*, Schuldrecht, 4. Aufl., § 113 II 4; bis zur 9. Aufl. auch *Larenz*, Schuldrecht, Bd. II, § 70 II.

Meinung⁴⁰ sieht schließlich in allen bürgerlichrechtlichen Unterlassungsklagen die Geltendmachung materiellrechtlicher Ansprüche in Form der Leistungsklage.

Die Auffassung der Unterlassungsklage als eines rein prozessualen Rechtsbehelfs ist namentlich von *Silber* vertreten worden. Ausgehend von Unterlassungsansprüchen aus absoluten Rechten erschien es *Silber* vom Anspruchsbegriff her bedenklich, daß das absolute Recht Ansprüche gegen jedermann auf Unterlassung von Eingriffen erzeugen solle⁴¹. Es sei höchst befremdlich, daß dadurch »jedermann jedermanns Schuldner« werde. Da ein Eingriff in absolute Rechte ohnehin verboten sei, erhalte der Berechtigte durch einen Unterlassungsanspruch auch nicht mehr, als ihm ohnehin schon zustehe. Zudem werde durch die Annahme, daß schon von vornherein gegen jedermann ein Anspruch und damit ein gesetzliches Schuldverhältnis bestehe, die Unterscheidung von Delikt und Forderungsverletzung verwischt, insbesondere durch die sich dann ergebende Anwendbarkeit des § 276 BGB auf deliktische Ansprüche. Eine schuldhaft, also nach § 276 BGB vorsätzliche oder fahrlässige Nichterfüllung dieser Ansprüche durch Zuwiderhandeln gegen die Unterlassungspflicht würde Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründen.

Die von *Silber* vorgebrachten Argumente sind insofern von Beachtlichkeit, als in der Tat die Gegenansicht anfangs einen gegen jedermann bestehenden Unterlassungsanspruch aus dem dinglichen Recht annahm⁴². Eine derartige Betrachtungsweise war durch *Windscheids* Begriffsfassung vorgezeichnet, im Anspruch die Wirkungsweise des subjektiven Rechts nach außen zu sehen, was bei den absoluten Rechten wegen ihrer Ausschlußfunktion gegenüber jedermann auch die Figur des Anspruchs gegen jeden nahelegte. Diese Konstruktion ließ sich für das BGB nicht mehr aufrechterhalten⁴³. Ihrem Ver-

40 H. *Lehmann*, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, S. 107 ff.; *Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, S. 350; *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 78 ff.; *ders.*, AcP 174 (1974), 97 ff.; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. II, 11. Aufl., § 78; *Baur*, JZ 1966, 381; *Münzberg*, JZ 1967, 689; *Wesel*, Festgabe für v. Lübtow, S. 787 ff.; *Heinze*, Rechtsnachfolge in Unterlassen, S. 8 ff.; *Stein/Jonas/Schumann/Leipold* (Fn. 37). Offenlassend *Zeuner*, Festschrift für Dölle, Bd. I, S. 295 (303); *Duvigneau*, Die Entwicklung des Unterlassungsanspruchs als Instrument vorbeugenden Rechtsschutzes im Privatrecht (Diss. Hamburg), S. 141.

41 *Silber* (Fn. 38), S. 100 ff.

42 Etwa *Langbeiniken*, Der Urteilsanspruch, S. 122.

43 Ob dies auf Unstimmigkeiten in der Anspruchslehre *Windscheids* zurückzuführen ist (so *Henckel*, AcP 174 (1974), 140; *Wesel*, Festgabe für v. Lübtow, S. 795 f.) oder ob *Windscheids* Vorstellung aus rechtstheoretischer Sicht durchaus haltbar war und § 194 BGB und die sich daran anschließende Doktrin in-

ständnis als einheitlicher Anspruch aus dem dinglichen Recht gegen die Gesamtheit aller anderen Rechtssubjekte stand die Definition in § 194 BGB entgegen, wo »das Recht, von einem anderen« etwas zu verlangen, eine bestimmte, konkrete Person voraussetzte. Die Vorstellung eines Bündels von einzelnen Ansprüchen gegen jeden scheiterte daran, daß das BGB dingliche Ansprüche nicht schon aus der Existenz eines dinglichen Rechts anerkannte, sondern erst aufgrund eines zusätzlichen Entstehungstatbestands, wie etwa die Gefahr weiterer Beeinträchtigungen bei § 1004 BGB oder die Tatsache eines unberechtigten Besitzes bei § 985 BGB.

Bereits *Lehmann*⁴⁴ ist zur Begründung von materiellrechtlichen Ansprüchen bei der Unterlassungsklage von diesem Anspruch gegen jedermann abgegangen und hat darauf hingewiesen, daß verpflichtet nur derjenige sei, welcher in den für den Berechtigten abgegrenzten Machtbereich eingreife. Von dieser Erkenntnis her, daß der Anspruchsbegriff des BGB notwendig eine Individualisierung des Anspruchsgegners voraussetzt, gehen die meisten der heutigen Vertreter eines materiellen Unterlassungsanspruchs davon aus, daß der Anspruch erst mit der Verletzung des dinglichen Rechts zur Entstehung gelangt bzw. mit der erstmals drohenden Beeinträchtigung, da die Unterlassungsklage als sog. »vorbeugende«⁴⁵ auch schon gegen den erstmals drohenden Eingriff für statthaft erachtet wird. Diese konkrete Beeinträchtigungsgefahr als Entstehungstatbestand für den Unterlassungsanspruch ist in jüngerer Zeit vor allem von *Baur*⁴⁶ und *Münzberg*⁴⁷ betont worden. Das Gesetz (§ 1004 BGB) sage ebenso selbstverständlich wie vernünftig, daß zur Entstehung des Unterlassungsanspruches eine bestimmte »Beeinträchtigung« oder »Beeinträchtigungsgefahr« (». . . zu befürchten . . .«) gehört. Nur wenn dieser gesetzliche Tatbestand in concreto erfüllt sei, sei ein Unterlassungsanspruch gegeben, aber eben dann ein materiellrechtlicher, kein prozessualer⁴⁸. Erst die drohende Gefährdung des Rechts ergebe die für den Anspruchsbegriff notwendige Individualisierung, nur von diesem Zeitpunkt an könne von einem entstandenen Anspruch gesprochen werden, der sich von da an aber nicht mehr von einem vertraglichen Unterlassungsanspruch unterscheide⁴⁹.

sofern als »Rückschritt« aufzufassen ist (so *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, S. 85 f.), ist für die vorliegende Untersuchung ohne unmittelbare Bedeutung.

44 *Lehmann* (Fn. 40), S. 109 ff.

45 Zur verworrenen Terminologie im Bereich der Unterlassungsklagen vgl. *Baur*, JZ 1966, 381, der zu Recht darauf hinweist, daß jede Unterlassungsklage vorbeugenden Charakter hat und die Bezeichnung »Unterlassungsanspruch ohne vorgängige Beeinträchtigung« vorschlägt.

46 JZ 1966, 381 (383).

47 JZ 1967, 689 (692).

48 *Baur*, JZ 1966, 383.

49 *Münzberg*, JZ 1967, 693.

Mit dieser Individualisierung des Rechtssubjekts auf der Passivseite ist allerdings das gegen den Inhalt der Rechtsbeziehung vorgebrachte Bedenken nicht völlig ausgeräumt, daß der Verletzer keine besondere »Leistung« schulde, da ihn ohnehin die allgemeine Rechtspflicht treffe, sich eines Eingriffs in fremde Rechte und Rechtsgüter zu enthalten⁵⁰. Diesem Einwand wird entgegengesetzt, daß durch den Eintritt des Verletzers in die Sphäre des Geschützten ein Umwandlungsprozeß erfolgt, durch den sich die bis dahin bestehenden allgemeinen Unterlassungspflichten derart verstärken, verdichten oder umwandeln⁵¹, daß für den Geschützten ein Anspruch entsteht. Vor allem Münzberg hat darauf hingewiesen, daß der Ausdruck der »allgemeinen« Rechtspflichten mit Vorsicht zu genießen ist. »Das« für jedermann geltende Verbot, fremde Rechtsgüter zu beeinträchtigen, sei ebenso eine unwirkliche Abstraktion wie »die« Pflicht, Schuldverhältnisse zu erfüllen.

Mit der Hervorhebung eines solchen Verdichtungs- oder Umwandlungsprozesses ist eine tragfähige Grundlage für die Annahme von Ansprüchen bei den herkömmlichen zivilrechtlichen Unterlassungsklagen gefunden. Der Eintritt eines Verletzers in eine geschützte Sphäre bewirkt nicht nur die notwendige Individualisierung des Anspruchsgegners; ihm kommt darüber hinaus die Bedeutung zu, daß erst ab diesem Zeitpunkt mit einer bestehenden Pflicht eine Berechtigung des Bedrohten korrespondiert, also auf dessen Seite das Verlangenkönnen und -dürfen hinzutritt. Das Element der Wiederholungsgefahr bzw. der Besorgnis erstmals drohender Beeinträchtigung ist demgemäß als anspruchsbegründende Voraussetzung und nicht als besondere Prozeßvoraussetzung anzusehen⁵².

Bei den quasi-negatorischen Unterlassungsbegehren ergibt sich neben diesen Individualisierungs- und Entstehungsproblemen die zusätzliche Fragestellung, ob der geschützte Gegenstand besondere Qualifikationen aufweisen muß, um als Grundlage der Unterlassungsklage einen Anspruch annehmen zu können. Es ist dies die bereits oben angesprochene und in ihrer Bedeutung für die vorliegende Untersuchung hervorgehobene Frage, ob sich der Anspruchsbegriff auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen es um die Sicherung subjektiver Rechte geht oder ob er auch das Mittel zum Schutz von Rechtsgütern und rechtlich anerkannten Interessen umfaßt. Esser⁵³, der Ansprüche nur bei den negatorischen Klagen bejaht, äußert die Sorge, daß andernfalls

50 So vor allem Zeuner, FS für Dölle I, S. 306; Larenz, Schuldrecht, Bd. II, 9. Aufl., § 70 II.

51 Münzberg, JZ 1967, 692 bei Fn. 40; im Ansatz bereits auch schon Zeuner (Fn. 50), S. 307.

52 Ebenso Baur, JZ 1966, 381; Münzberg, JZ 1967, 689; Wesel (Fn. 40), S. 798; Palandt/Bassenge, § 1004 BGB Anm. 6 b bb; aus der (allerdings uneinheitlichen) Rechtsprechung BGH WPM 73, 118. – A. A. Soergel/Mühl, BGB, 10. Aufl., § 1004 Rdn. 57; Herbst (Fn. 38), S. 412 m. w. N.

53 Fn. 35.

die Unterscheidung zwischen Recht und Rechtsgut verwischt werde, da zur Rechtfertigung eines Unterlassungsanspruchs bei den quasi-negatorischen Klagen nur der Weg bliebe, ein gegen jedermann gerichtetes subjektives Recht auf Wahrung des eigenen Rechtsgüterstands anzunehmen. Dem liegt freilich die (auch ausdrücklich geäußerte) Prämisse zugrunde, daß das BGB Ansprüche nur aufgrund eines Rechtsverhältnisses oder eines subjektiven Rechts kenne⁵⁴. Für diese gerade in Frage stehende Aussage führt *Esser* als Begründung an, man könne bei der Unterlassungsklage wegen drohender Verletzung eines dinglichen oder Immaterialgüterrechts zutreffend noch darauf fußen, daß es sich hier um absolute Rechte handle, denen der Abwehranspruch gleichsam von vornherein innewohne (nur eben als bis zur konkreten Gefährdung »verhaltener«), während diese Erklärung bei der quasi-negatorischen Klage versage. Er greift damit aber letztlich auf die *Windscheidsche* Konzeption des Anspruchs gegen jedermann aus dem dinglichen Recht zurück, über deren Ablehnung Einigkeit besteht und die auch nicht über die Figur des verhaltenen Anspruchs aufrechterhalten werden kann, welche von *Esser* selbst an anderer Stelle⁵⁵ als »mythische Vorstellung« verworfen worden ist.

Ausschlaggebend für die Frage nach dem Anspruchscharakter beim Schutz von Rechtsgütern und rechtlich anerkannten Individualinteressen kann nur der Vergleich sein, ob hinreichende Gemeinsamkeiten mit den aus dinglichen Rechten fließenden Ansprüchen bestehen. Wenn hierfür ausgeführt wird, die Grenze zwischen Recht und Rechtsgut sei ohnehin verschwommen⁵⁶, der Gesetzgeber habe die Rechtsgüter keineswegs geringer bewerten wollen als die subjektiven Rechte, sondern nur gemeint, sie »ihrer Natur nach« nicht als subjektive Rechte anerkennen zu können⁵⁷, so ist damit zunächst nur die gleiche Schutzwürdigkeit festgestellt, aus der sich noch nicht zwingend ergibt, daß auch das Mittel des Schutzes dasselbe ist. Man muß sich aber vor Augen halten, daß schon im Deliktsrecht die dort geltende Differenzierung zwischen subjektiven Rechten, Rechtsgütern und geschützten Interessen bei der Rechtsfolge endet⁵⁸, da die Verletzung sämtlicher dieser Positionen einen Anspruch (auf Schadensersatz) auslöst. Sind alle diese Positionen aber geeignet, die Grundlage für einen Substanzanspruch zu bilden, so ist nicht ersichtlich, warum bei den auf Unterlassung von Eingriffen gerichteten Begehren ein Anspruch nur bei den subjektiven Rechten angenommen werden soll.

54 So *Esser* (Fn. 39); ähnlich auch *Kleinfeller*, AcP 137 (1933), 129 (133).

55 *Esser* (Fn. 20), S. 162.

56 *Münzberg*, JZ 1967, 692.

57 *Baur*, JZ 1966, 382 Fn. 4 unter Hinweis auf die Motive zum BGB II, S. 278.

58 Darauf weist auch *Wesel* (Fn. 40), S. 793, hin.

*Henckel*⁵⁹ sieht die Gemeinsamkeit von negatorischen und quasi-negatorischen Ansprüchen vor allem darin, daß es hier wie dort um die Sanktion und Abwehr rechts- und pflichtwidrigen Verhaltens geht und lediglich in der Begründung dieser Verhaltenspflichten insofern ein Unterschied besteht, als sie im Bereich des § 823 Abs. 1 BGB aus dem normativen Gehalt des subjektiven Rechts abzuleiten sind, im Bereich des § 823 Abs. 2 BGB dagegen aus konkreten Handlungsanweisungen. Maßgeblich sei allein die Existenz einer solchen Verhaltenspflicht, während der unterschiedlichen (gesetzes-technischen) Begründung dieser Pflicht für die Frage nach dem Anspruchscharakter keine Relevanz zukomme. *Henckel* ist darin zuzustimmen, daß der Begriff des Anspruchs eine entsprechende Verpflichtung des Passivsubjekts voraussetzt und es von untergeordneter Bedeutung ist, woraus sich diese ableitet. Allerdings darf bei diesem Abstellen auf die Pflichtenseite nicht übersehen werden, daß die bloße Existenz einer Pflicht samt der einem Rechtssubjekt eröffneten Möglichkeit ihrer Durchsetzung noch nicht notwendig das Bestehen eines Anspruchs ergibt. Zum Vorliegen eines Anspruchs als Ausdruck einer materiellen Berechtigung muß hinzukommen, daß diese Pflicht mit einer Berechtigung des Rechtssubjekts korrespondiert. Eine derartige Verknüpfung ist bei den Pflichten gegeben, die gerade gegenüber dem Berechtigten bestehen, die also den Schutz seiner materiellen Position bezwecken. Diese Struktur weisen sowohl die negatorischen wie die quasi-negatorischen Unterlassungsansprüche auf. Ein Begehren, das darauf gerichtet ist, eine Verletzung des Eigentums zu verhüten, ist insoweit gleichwertig mit demjenigen, das einen Eingriff in ein durch § 823 Abs. 2 BGB geschütztes Interesse verhindern will. Jeweils wehrt der Berechtigte einen Eingriff in eine ihm zustehende, von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte Rechtsposition ab.

Ergeben sich demnach keine relevanten Unterschiede zwischen den quasi-negatorischen und den negatorischen Unterlassungsklagen, so verbleibt freilich noch ein Bedenken, das den Anspruchscharakter beider Klagen gleichermaßen betrifft. Es knüpft an die oben dargestellte Unterteilung der Ansprüche in selbständige und unselbständige an und läßt sich dahin formulieren, ob es sinnvoll ist, dem Anspruchsbegriff so verschiedene Dinge zuzuordnen wie den schuldrechtlichen Anspruch (Forderung) als Substanzrecht und den nur dienenden, unselbständigen Abwehranspruch. Das Problem spiegelt sich in der bereits von *Siber* angesprochenen Befürchtung wider, durch die Annahme von Unterlassungsansprüchen werde die Unterscheidung zwischen Delikt und Forderungsverletzung verwischt. Die Verschiedenheit von Forderung und außervertraglichem Unterlassungsanspruch ist auch der Grund, weshalb *Zeuner*⁶⁰ sich einer abschließenden Stellungnahme über die An-

59 AcP 174 (1974), 134 ff.

60 (Fn. 40), S. 306.

nahme von Unterlassungsansprüchen enthalten und sie von einer grundsätzlichen Untersuchung über Eigenart und Bedeutung des Anspruchs abhängig gemacht hat⁶¹. Die unterschiedlichen Funktionen des schuldrechtlichen Anspruchs auf positive Leistung im Vergleich zu den negatorischen und quasi-negatorischen Unterlassungsbeziehungen sind jüngst auch von *Henckel*⁶² herausgestellt worden. Er sieht die wesentlichen Elemente des schuldrechtlichen Anspruches darin, daß dieser erfüllt und abgetreten werden kann und sein Bestehen für den Rechtsgrund einer Leistung relevant ist. Dem stellt er gegenüber, daß auf den Unterlassungsanspruch die Erfüllungsregeln nicht anwendbar sind, daß das Unterlassen keine bereicherungsrechtlich relevante Leistung darstellt und der Unterlassungsanspruch auch kein Verfügungsobjekt von selbständigem wirtschaftlichen Wert ist. Daß die Unterlassungsbegehren trotz dieser beschränkten Funktion als Ansprüche anzusehen sind, rechtfertigt *Henckel* mit einem Hinweis auf andere vom BGB gewährte dingliche Ansprüche, denen in ähnlicher Weise die Merkmale des schuldrechtlichen Anspruchs fehlen. Dies gelte vor allem für die Ansprüche aus §§ 894, 985 BGB.

Henckel hat mit seiner Untersuchung zutreffend aufgezeigt, daß die aus dem Vergleich mit dem schuldrechtlichen Anspruch herrührenden Bedenken kein spezifisches Problem der Unterlassungsansprüche sind, sondern sämtliche unselbständigen Ansprüche betreffen. Ein Vergleich der selbständigen mit den unselbständigen Ansprüchen zeigt in der Tat auf den ersten Blick mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten. Die beiden gemeinsame Schwächung des Rechts durch Verjährung erweist sich als nur loses Band⁶³. Ähnliches gilt auch für die Funktion des Anspruchsbegriffs, die Übertragung schuldrechtlicher Vorschriften auf Ansprüche zu ermöglichen, die nicht in einem Schuldverhältnis wurzeln, z. B. auf dingliche, familienrechtliche usw.⁶⁴, denn eine solche analoge Anwendung ist nach allgemeiner Ansicht nur soweit möglich, als nicht die besondere Natur der nichtschuldrechtlichen Ansprüche entgegensteht.

dd) Der Anspruch als bloßes Schutzmittel bei Rimmelspacher

Eine gewisse Relativität des Anspruchsbegriffs läßt sich damit nicht abstreiten, wenn man ihm mit der h. M. sowohl den schuldrechtlichen Anspruch

61 *Zeuner* hält als Ergebnis fest, daß die Unterlassungsklage jedenfalls der Klärung und Durchsetzung materiellrechtlicher Rechtslagen dient und ihr Problem nicht in der Alternative materiellrechtlicher Fundierung oder rein prozessualer Prägung liegt, sondern die Frage nur sein kann, wie die gegebene Rechtslage innerhalb des materiellen Rechts zu qualifizieren ist.

62 *Henckel*, AcP 174 (1974), 122 ff.

63 Dazu auch *Georgiades* (Fn. 12), S. 139.

64 Zu dieser Funktion *Lehmann/Hübner*, Allg. Teil des BGB, 15. Aufl., § 13 II 2 b; *Georgiades* (Fn. 12), S. 139.

(Forderung) als auch den unselbständigen Anspruch in der Gestalt des dinglichen, des Gefahrenbeseitigungs- und des negatorischen oder quasi-negatorischen Unterlassungsanspruchs zuordnet. Dennoch besteht kein Anlaß, den Anspruchsbegriff auf die Figur eines bloßen Schutzmittels zu reduzieren, das nur noch das Verlangenkönnen als eine Art (Rechts-)Behelf bezeichnet. Eine derartige Korrektur wird von *Henckel*⁶⁵ erwogen, der dabei die von *Rimmelspacher*⁶⁶ zum Anspruch entwickelten Thesen aufgreift. Sie hätte für den schuldrechtlichen Anspruch die Konsequenz, daß dieser ebenfalls nur als dienendes, unselbständiges Schutzmittel aufzufassen wäre, das mit dem dahinterstehenden Forderungsrecht nicht identisch und von diesem zu trennen wäre.

Rimmelspacher kommt bei seiner Untersuchung des materiellen Anspruchs zu dem (Zwischen-)Ergebnis, daß der Anspruchsbegriff zwei Elemente enthält: Die Befugnis, verlangen zu können einerseits; die Rechtsposition oder das Zuordnungsobjekt andererseits⁶⁷. Er versteht dabei unter Rechtsposition eine Rechtsstellung des Berechtigten, die sich nicht gegen einen Verpflichteten als passives Subjekt richtet. Diese Rechtsposition beruhe auf einer ausschließlichen Zuweisung (Zuordnung) an ihren Träger. Die Befugnis des Verlangenkönnens bezeichnet *Rimmelspacher* als Rechtsbehelf oder Schutzmittel, die zur Sicherung und Verwirklichung der Rechtsposition zur Verfügung stehen. In dieser Erkenntnis, daß der geltende Anspruchsbegriff zwei Elemente enthält, ist *Rimmelspacher* durchaus zuzustimmen. Der Begriff erschöpft sich nicht in der Befugnis des Verlangendürfens, sondern soll zugleich die dahinterstehende Rechtsstellung ausdrücken. Schon *Windscheid* hat betont, daß der Anspruch in dem Sinne zu verstehen ist, daß »er nicht bloß bezeichnet, was einem verschuldet wird, sondern überhaupt, was einem gebührt«⁶⁸. In diesem Gebühren steckt der Zuordnungs Gesichtspunkt, daß die Leistung, die der Berechtigte zu verlangen befugt ist, ihm zusteht. Das Zuordnungselement tritt bei dem selbständigen Anspruch stark in den Vordergrund⁶⁹ und rechtfertigt seine Klassifizierung als subjektives Recht, dessen Zuordnungs- und Zuweisungscharakter in jüngerer Zeit mehr und mehr hervorgehoben wird⁷⁰. Aber auch die unselbständigen Ansprüche ordnen eine materielle Rechtsstellung dem Inhaber zu, sei es in der Form

65 AcP 174 (1974), 141 ff., wobei *Henckel* eine Entscheidung allerdings offenläßt.

66 *Rimmelspacher*, Materieller Anspruch im Zivilprozeß.

67 *Rimmelspacher* (Fn. 66), S. 16 ff., S. 103 ff.

68 *Windscheid* (Fn. 13), S. 6.

69 Vgl. zum schuldrechtlichen Anspruch auch *Jahr*, JuS 1964, 218 Fn. 34, der zutreffend hervorhebt, daß der Anspruch »die gesamte Rechtsstellung des Berechtigten« bezeichnet und mehr als die Einzelbefugnis darstellt, eine Leistung zu verlangen. Ähnlich *Georgiades* (Fn. 12), S. 140 f.

70 *Von Caemmerer* (Fn. 38), S. 55; *Raiser* JZ 1961 465 ff.; *Wesel* (Fn. 40), S. 792; *Heinze* (Fn. 40), S. 27 m. w. N.

eines subjektiven Rechts, Rechtsguts, oder gesetzlich anerkannten Interesses. Gerade die letztere Figur des gesetzlich geschützten Interesses zeigt, daß erst die Gewährung eines Anspruchs ein Lebensinteresse einer Person zum Rechtsinteresse erhebt⁷¹, der Anspruch hier also auch die Funktion einer solchen Anerkennung und Zuteilung übernimmt.

Rimmelspacher hat es nicht bei der Aufgliederung des Anspruchsbegriffs in die beiden dargestellten Elemente belassen, sondern geht bei seinem Anliegen, die Untersuchung des materiellen Anspruchs für die Streitgegenstandslehre fruchtbar zu machen, noch einen Schritt weiter, indem er beiden Elementen selbständige Bedeutung zumißt und so schließlich zur völligen Zerlegung und Auflösung des einheitlichen Anspruchsbegriffs gelangt. Inwieweit seine Ergebnisse für die zivilprozessuale Bestimmung des Streitgegenstands, insbesondere für die Konkurrenzproblematik, von Nutzen und billigenswert sind, kann hier nicht erörtert werden⁷². Zu vermissen ist jedoch, daß *Rimmelspacher* nicht darauf eingeht, welche zwingenden Gründe außerhalb der Streitgegenstandsproblematik bestehen sollen, den Anspruchsbegriff in der von ihm vorgenommenen Weise aufzulösen. So anerkennenswert die neueren Bestrebungen sind, das Prozeßrecht und das materielle Recht einander anzunähern, so müssen andererseits auch Bedenken angemeldet werden, hierzu einen zentralen Begriff des materiellen Rechts allein im Hinblick auf einen prozessualen Problemkreis aufzugeben oder doch in seinen Funktionen weitgehend zu reduzieren. Zwei Aspekte eines einheitlichen Begriffes lassen sich nicht ohne weiteres auf dem Weg eines »Substraktionsverfahrens«⁷³ verselbständigen, soweit es darum geht, das geltende Recht nach seinen Aufgaben zu ordnen und nicht ein mögliches System künftiger Gestaltung der Rechte und Rechtsverhältnisse zu entwerfen⁷⁴. Der Auffassung *Rimmelspachers* zum Anspruch als bloßes Schutzmittel (Rechtsbehelf) kann damit nicht gefolgt werden.

ee) Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß dem Begriff des Anspruchs im geltenden Zivilrecht keine völlig einheitliche Funktion zugemessen werden kann. In der Gestalt der selbständigen Ansprüche (Forderungsrechte) stellt

71 So zutreffend *Okuda*, AcP 164 (1964), 545; nicht notwendig zugleich auch zu einem subjektiven Recht (so aber *Okuda*, ebenda).

72 Ablehnend *Schwab*, JuS 1976, 69 (72).

73 So bezeichnet *Rimmelspacher* (Fn. 66), S. 120, selbst sein methodisches Vorgehen. – Zudem bedient er sich zur »Herauslösung« des Rechtsbehelfs aus dem Anspruchsbegriff Konstellationen, die (wie etwa §§ 1368, 2039 BGB) von der ganz h. M. überhaupt nicht als Ansprüche, sondern als Prozeßstandschaftsregelungen aufgefaßt werden, ohne daß er auf die h. M. eingeht.

74 *Rimmelspacher* (Fn. 66), S. 119, selbst sieht ausdrücklich sein Anliegen nicht darin, ein mögliches künftiges System zu entwickeln.

er ein subjektives Recht dar, als unselbständiger Anspruch verkörpert er eine materielle Rechtsstellung in ihrer Schutz- oder Geltungswirkung. Der Anspruch als Rechtsbeziehung zwischen zwei Rechtssubjekten erfordert eine Individualisierung des Anspruchsinhabers und Anspruchsgegners. Sie erfolgt beim Unterlassungsanspruch durch den Eintritt eines Verletzers in die geschützte Rechtssphäre eines Betroffenen. Materiellrechtliche Ansprüche liegen sowohl den Unterlassungsklagen zum Schutz absoluter Rechte wie den (quasi-negatorischen) Unterlassungsklagen zum Schutz von Rechtsgütern und rechtlich anerkannten Individualinteressen zugrunde. Der Begriff des Anspruchs beinhaltet nicht nur die Befugnis, ein Tun oder Unterlassen fordern zu können, sondern bringt auch zum Ausdruck, daß diese Leistung dem Anspruchsinhaber gebührt, sie ihm aufgrund seiner materiellen Rechtsstellung zukommt.

b) Ablehnung von materiellrechtlichen Ansprüchen der Verbände

aa) Bedenken aus der Vielzahl der Berechtigten

Geht man mit diesem Verständnis des Anspruchsbegriffs an die Verbandsklage des AGBG heran, so taucht zunächst das von *Siber* gegen den allgemeinen Unterlassungsanspruch geäußerte Bedenken des »Anspruchs gegen jedermann« wieder auf, freilich mit umgekehrtem Vorzeichen. Nicht der Anspruch gegen jeden, sondern der Anspruch jedermanns gegen einen, genauer einer unbestimmten Vielzahl von Verbänden gegen einen Verpflichteten wirft hier Zweifel an der erforderlichen Individualisierung auf einer Beteiligtenseite auf. Sie spiegeln sich im Prozeß bei der bereits behandelten Problematik der Parallelverfahren wider, wo das Abstellen auf eigene Ansprüche der Verbände zu wenig befriedigenden Ergebnissen führt und die »Notlösung« der h. M. über den Wegfall der Wiederholungsgefahr jedenfalls beim Widerrufs-»Anspruch« versagt. Zwar läßt sich einwenden, daß die Zahl der klagebefugten Verbände begrenzt und die Figur einer Mehrheit von Anspruchsberechtigten dem Zivilrecht nicht fremd ist. Doch zeigt ein Blick auf das Rechtsverhältnis zwischen den befugten Verbänden, daß hier keine materiellrechtliche Verknüpfung der Berechtigungen vorliegt, wie sie etwa §§ 428, 432 BGB enthalten⁷⁵. Die Zweifel aus der Vielzahl der Berechtigten scheinen allerdings zu schwinden, wenn man das Ergebnis einer rechtstatsächlichen Untersuchung⁷⁶ einbezieht, daß die Verbraucherverbandsklage im UWG⁷⁷ praktisch nur von drei Verbraucherinstitutionen

75 Darauf weist auch *Hadding*, JZ 1970, 308 Fn. 29, hin.

76 v. *Falckenstein*, Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände, S. 111 ff.; s. auch *Reich*, ZRP 1978, 101.

77 Für das AGBG mag die Zahl etwas höher anzusetzen sein. Immerhin ist auch hier die bisherige Klageaktivität zu ca. 60 % auf zwei Verbände zurückzuführen, den Verbraucherschutzverein und die Verbraucherzentrale Baden-Würt-

wahrgenommen wird. Eine derartige Konzentration und Institutionalisierung im rechtstatsächlichen Bereich weist aber strukturell eher Verwandtschaft zu behördlichen Kontrollinstanzen auf, als daß sie auf eine Rechtswahrnehmung von materiell Betroffenen hindeuten würde.

Das Vorliegen einer materiellen Betroffenheit der Verbände hat sich schon oben⁷⁸ bei der Behandlung der Voraussetzungen der Klagebefugnis als höchst fragwürdig gezeigt. Fehlt es aber an einer Verletzung eigener Rechte oder Interessen des Verbandes, dann verteidigt dieser mit seiner Klage keine eigene, ihm zugewiesene Rechtsphäre. Angesichts dieser Problemstellung ließe sich die Annahme von Ansprüchen auf zwei Wegen rechtfertigen: Entweder unterfällt dem Anspruchsbegriff auch das Begehren, mit dem jemand für eine fremde, ihm nicht zugewiesene Rechtssphäre um Schutz sucht, oder es besteht doch ein eigenes verletztes Interesse des Verbandes, das sich etwa aus einem Zusammenfließen bzw. einer Summierung der einzelnen Interessen seiner Mitglieder ableitet. Beide Begründungen werden zur wettbewerbsrechtlichen Verbandsklage des § 13 UWG vertreten, der letztere von Wolf⁷⁹, der erstere namentlich von Henckel⁸⁰. Sie sind im folgenden auf ihre Tragfähigkeit, insbesondere im Hinblick auf § 13 AGBG zu untersuchen.

bb) Die Begründungen für die Annahme von Ansprüchen bei § 13 UWG

Dabei hat man sich zunächst klarzumachen, daß die Rechtslage bei den Unterlassungsbegehren des UWG differenzierter gelagert ist als im AGBG. Für den durch eine unlautere Wettbewerbshandlung unmittelbar Verletzten folgt sein Abwehranspruch bereits aus §§ 1 oder 3 UWG, der Heranziehung von § 13 UWG bedarf es hier nicht⁸¹. Dieser Anspruch bereitet keine Schwierigkeiten; ihm liegt ein eigenes Recht oder jedenfalls ein gesetzlich geschütztes Individualinteresse des Befugten zugrunde. Das Klagerecht der Mitbewerber aus § 13 Abs. 1 UWG setzt dagegen nicht voraus, daß sie

temberg. Die Prozentzahl ergibt sich aus einer Umfrage des Verfassers (Juli-September 1978). Im AGB-Register beim Bundeskartellamt waren am 11. 7. 1978 24 anhängige Klagen, 3 anhängige Anträge auf einstweilige Verfügungen, 17 rechtskräftige Urteile, 55 erlassene einstweilige Verfügungen und 15 sonstige Erledigungen registriert, insgesamt also 102 Verfahren. Nach Auskunft der oben genannten Verbände sind vom Verbraucherschutzverein in 29 Fällen Verfahren eingeleitet worden, von der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg in 35.

⁷⁸ C II 2 c.

⁷⁹ Die Klagebefugnis der Verbände, S. 19 ff.; *ders.*, BB 1971, 1293.

⁸⁰ *Henckel*, AcP 174 (1974), 134; *ders.*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 84.

⁸¹ BGH GRUR 1966, 445; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 1; *Hefermehl*, FS für H. C. Nipperdey, S. 283 (295).

selbst in ihrer gewerblichen Betätigung beeinträchtigt sind⁸², und ist davon unabhängig, ob überhaupt ein selbstverletzter Mitbewerber vorhanden ist oder nicht⁸³. Durch die Beschränkung der Klagebefugnis auf branchenverwandte Gewerbetreibende wird allerdings ein, wenn auch »abstraktes« Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien vorausgesetzt⁸⁴. Im Gegensatz zur Klageberechtigung der Verbände besteht damit die Besonderheit, daß hier ein eigenes Interesse des Konkurrenten immerhin verletzt sein kann, das man als Grundlage der Klage betrachten könnte mit der Maßgabe, daß wegen der Eigenheiten von Wettbewerbsverstößen lediglich der Nachweis einer konkreten Verletzung entbehrlich wäre⁸⁵. Eine solche Deutung als eine Art Beweislastregel würde jedoch dem Sinngehalt der Vorschrift nicht gerecht, so daß die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung und Literatur zutreffend betont haben, daß das Klagerecht der Mitbewerber auch und primär im Allgemeininteresse gegeben ist, ebenso wie die Befugnis der Verbände sich auf das öffentliche Interesse an der Bekämpfung von Auswüchsen im Wettbewerb gründet⁸⁶. Während der »Rest von Individualrechtsschutz« bei der Konkurrentenklage⁸⁷ wenigstens noch einen geringen Anhalt für die Annahme von Ansprüchen bietet, so läßt sich hierauf für die Verbandsklage nicht mehr abstellen.

Trotz des nahezu einhelligen Ausgangspunktes, daß die in § 13 UWG genannten Verbände das öffentliche Interesse an der Lauterkeit der Wettbewerbsordnung wahrnehmen, sieht sich die h. M. nicht gehindert, materiellrechtliche Ansprüche anzunehmen. Das öffentliche Interesse scheint teilweise sogar das eigentliche Argument für diese Annahme darzustellen, wenn in Entscheidungen des BGH⁸⁸ ausgeführt wird: »Solchen Verbänden (sic.: i. S. des § 13 Abs. 1 UWG) gewährt das Gesetz bei Wettbewerbsverstößen unabhängig von den Interessen der Mitglieder einen eigenen materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch und insoweit ein eigenes Klagerecht, und zwar deshalb, weil die Bekämpfung von Auswüchsen im Wettbewerb auch im

82 Einhellige Ansicht, etwa *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 10.

83 *Hefermehl*, FS für H. C. Nipperdey, S. 283 (296).

84 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 9.

85 In dieser Richtung RGZ 40, 418 (zu § 1 des Wettbewerbsgesetzes vom 27. 5. 1896), das daraus den Schluß zieht, daß der Gewerbebetrieb bzw. der Verband zur Zeit der verfolgten Wettbewerbshandlung bestanden haben müsse.

86 Dazu *Nastelski*, GRUR 1969, 322; *Pastor*, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 400; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 10 f., jeweils m. w. N.

87 Vgl. auch *Hobloch*, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht, S. 130, der durch die wettbewerbsrechtliche Konkurrentenklage letztlich die Integrität der Vermögenssphäre geschützt sieht.

88 BGH NJW 1970, 244; NJW 1967, 2403.

öffentlichen Interesse liegt und nicht dem Belieben des Verletzten überlassen bleiben soll«. Richtigerweise läßt sich diese Begründung lediglich auf die zweite Aussage beziehen, die Eigenständigkeit des Klagerechts, das nicht vom Willen oder Vorhandensein eines Verletzten abhängig ist.

Henckel⁸⁹ gesteht dagegen zu, daß die Anspruchsstruktur dann problematisch sein kann, wenn jemand auf Unterlassung klagen kann, der nicht in einer ihm zugewiesenen Rechtssphäre bedroht ist. Dennoch stehe nichts im Wege, dem klageberechtigten Mitbewerber oder Verband aufgrund seines eigenen, gesetzlich anerkannten Interesses ein Recht zuzusprechen, von dem Beklagten die Einhaltung seiner Pflicht zu verlangen und damit einen Anspruch i. S. des § 194 BGB. Man müsse sich nur darüber im klaren sein, daß dieser Anspruch sich von anderen negatorischen oder quasi-negatorischen Ansprüchen unterscheide. Der Kläger verteidige nicht seine eigene, ihm zugewiesene Sphäre, er nehme vielmehr ein eigenes Interesse daran wahr, daß die Verletzung fremder Sphären unterbleibt.

Sicher ist es ein möglicher Weg, eine Einordnung als Anspruch auf die Weise vorzunehmen, daß man zugleich einschränkend auf Unterschiede zu den herkömmlichen Ansprüchen hinweist. Sinnvoll erscheint dies aber nur, wenn die bestehenden Verschiedenheiten von lediglich untergeordneter Bedeutung wären. An mehreren Kriterien zeigt sich jedoch, daß dies nicht der Fall ist. Ordnet man die Verteidigung fremder Rechtssphären dem Anspruchsbegriff zu, so verschwimmt zum einen die Grenze zum Institut der Prozeßstandschaft. Denn auch der in Prozeßstandschaft Klagende nimmt die Durchsetzung fremder Rechte oder die Verteidigung fremder Rechtssphären wahr, sei es aufgrund eines ausdrücklich gesetzlich anerkannten oder – bei der gewillkürten Prozeßführungsbefugnis – sich sonst ergebenden eigenen rechtlichen Interesses, ohne daß man hier von einem Anspruch in seiner Person reden würde. Freilich ist in diesen Fällen regelmäßig ein (anderer) Anspruchsinhaber oder Rechtsträger vorhanden, aber der Umstand, daß es für die Unterlassungsklage des UWG und noch mehr des AGBG an einem solchen fehlt, rückt das Ganze jedenfalls eher in Richtung einer Popularklage als in die Nähe eines Anspruchs. Bei der obigen allgemeinen Darstellung des Begriffs hat sich der Anspruch als Ausdruck einer eigenen, subjektiven Rechtsstellung gezeigt, für die die Gewährung von Rechtsschutz unter dem heutigen Rechtsstaatsverständnis als gleichsam selbstverständlich erscheint. Im Gegensatz dazu führt die Tatsache, daß von den Verbänden der Schutz einer fremden Rechtssphäre wahrgenommen wird, zu der von der h. M. zu Recht vorgenommenen amtswegigen Prüfung der Klageberechtigung. Hinzu kommt, daß das durch die Verbandsklage geschützte Objekt nicht die individuelle Rechtssphäre einer anderen Person ist, sondern das Allgemeininteresse. Ob hier der Begriff der Rechtssphäre als

89 Henckel, AcP 174 (1974), 137 f.

ein durch die Rechtsordnung einem Rechtssubjekt zugeordneter Bereich noch am Platz ist, erscheint mehr als fraglich. Jedenfalls wird durch die Wahrnehmung von materiell öffentlichen Interessen die Verbandsklage aus dem Individualrechtsschutz herausgehoben, ihr liegt nicht die Klärung individueller Beziehungen zugrunde. Die Komponente des Allgemeininteresses schlägt bei vielen Problempunkten durch. So ist etwa das Rechtsschutzbedürfnis richtigerweise am Allgemeininteresse zu messen und nicht an der Behauptung eines individuellen Anspruchs⁹⁰. Auch die Behandlung der Subsidiaritätsfälle⁹¹ läßt sich nur durch Einbeziehung dieses öffentlichen Interesses fundieren; gleiches gilt für die Unbeachtlichkeit des »unclean-hands«-Einwands im Wettbewerbsrecht, wonach dem Unterlassungskläger aus § 13 UWG nicht entgegengehalten werden kann, daß er selbst wettbewerbswidrig handle⁹². Ebenso orientiert sich der Maßstab für die Unwirksamkeitsprüfung von AGB an einer überindividuellen Betrachtungsweise. Noch deutlicher zeigt sich bei den Urteilswirkungen das Allgemeininteresse in der von § 21 angestrebten rechtlichen Breitenwirkung, das Fehlen einer individuellen Berechtigung des Verbandes in der durch § 19 bewirkten Herabsetzung der Bestandskraft gegenüber Individualrechtsentscheidungen.

Ergeben sich demnach aus dem Schutzobjekt derart gravierende Unterschiede, so läßt sich ein Anspruch nicht wie von *Henckel* allein aus der Existenz einer Verhaltenspflicht und deren Durchsetzbarkeit seitens des Verbandes begründen. Der statuierten Pflicht fehlt es an einem Bezug zu dem Berechtigten, durch sie soll nicht gerade und allein der Verband in seiner Rechtsstellung geschützt werden.

Ein Anspruch auf Unterlassung kann somit nur bei der (drohenden) Verletzung eigener gesetzlich geschützter Interessen des Berechtigten angenommen werden. Zu Recht weist daher *M. Wolf* in seiner Schrift »Die Klagebefugnis der Verbände – Ausnahme oder allgemeines Prinzip?« als Ausgangspunkt darauf hin, daß im Zivilrecht eine Anspruchsberechtigung nur bei Verletzung eigener Interessen (oder Rechte) gegeben ist⁹³. Ein solches eigenes verletztes Interesse des Verbandes soll nach *Wolf* in der Form eines Gruppeninteresses bestehen, dessen Träger die Verbände seien, weil sie typi-

90 Dazu oben C II 4 b.

91 Oben C II 4 c.

92 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., UWG Einl. Rdn. 422 ff. m. w. N.

93 *Wolf*, a.a.O., S. 10. – *Hadding*, JZ 1970, 308, will einen Anspruch nur bei einer drohenden Beeinträchtigung von *Rechten* annehmen, folgt also im Grunde der *Esserschen* Begrenzung des Anspruchsbegriffs auf die negatorische Unterlassungsklage. Dagegen bereits oben unter E II 1 a cc. Für das Vorliegen eines Anspruchs auch beim Schutz von Individualbereichen zutreffend *Baur*, JZ 1966, 382, der allerdings hierzu ohne Differenzierung auch die wettbewerbslichen Unterlassungsklagen rechnet.

scherweise gerade die gemeinschaftlichen Aspekte der Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen. Zur Begründung stellt *Wolf* zunächst treffend fest, daß der nach § 13 UWG berechnigte Verband, da er nicht selbst Gewerbetreibender und Marktbeteiligter ist, nicht als Träger der geschützten Individualinteressen in Betracht kommt⁹⁴. Im Gegensatz zur herrschenden und auch hier vertretenen Ansicht sieht er die Verbände jedoch nicht zur Wahrung des öffentlichen Interesses an der Erhaltung des lautereren Wettbewerbs berufen. Dies sei vielmehr nur in der Weise richtig, in der dies auch auf den in seinen Individualinteressen verletzten Unternehmer zutreffe. Indem sich dieser gegen die seine Interessen verletzende Wettbewerbsbehandlung wehre, trage er gleichzeitig zu der im Allgemeininteresse erwünschten lautereren Wettbewerbsordnung bei. Für die Verbände gelte nichts anderes⁹⁵. Das damit vorausgesetzte eigene Interesse des Verbandes, das sich vom individuellen Interesse der Beteiligten und dem Allgemeininteresse an der Bewährung des objektiven Rechts unterscheidet, findet *Wolf* durch eine »sozialrechtliche Betrachtungsweise« des UWG. Da im Bereich des Wettbewerbsrechts die Verletzung bestimmter Individualinteressen oft nur schwer oder spät feststellbar sei, trete die Gesamtheit der Mitbewerber bzw. Verbraucher an die Stelle des einzelnen⁹⁶. Die Übereinstimmung der vom Verband satzungsmäßig verfolgten Interessen mit dem gesetzlich geschützten Interesse rechtfertige es, das geschützte Gruppeninteresse als eigenes Interesse des Verbandes anzuerkennen, den Verband also als Träger des Gruppeninteresses zu betrachten⁹⁷. Die so eingeordnete Verbandsklage nach § 13 UWG betrachtet *Wolf* schließlich als Ausfluß eines allgemeinen, für die gesamte Rechtsordnung geltenden Prinzips, daß die Verbände immer dann klagebefugt sind, sobald die Verletzung eines Gruppeninteresses droht, dessen Träger sie sind⁹⁸.

Die Auffassung *Wolfs* ist in Begründung und Ergebnis abzulehnen und auch weitgehend auf Kritik gestoßen⁹⁹. Gegen das von ihm entwickelte allgemeine Prinzip hat *Bettermann*¹⁰⁰ zutreffend darauf hingewiesen, daß

94 *Wolf*, a.a.O., S. 12.

95 *Wolf*, a.a.O., S. 13.

96 *Wolf*, a.a.O., S. 16 f.

97 *Wolf*, a.a.O., S. 20.

98 *Wolf*, a.a.O., S. 34.

99 Gegen *Wolf* vor allem *Bettermann*, ZRP 85 (1972), 133; *Knieper*, NJW 1971, 2251; *Rupp*, ZRP 1972, 35; *Herbst* (Fn. 40), S. 446; *Kötz*, in: *Homburger/Kötz*, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse*, S. 92 Fn. 54; *Münchener Kommentar (Gerlach)*, § 13 Rdn. 3. – Zustimmend dagegen *Rehbinder/Burgbacher/Knieper*, *Bürgerklage im Umweltrecht*, S. 117 f., die allerdings für die von ihnen befürwortete Bürgerklage die individuelle Betroffenheit sehr weit ziehen und damit konsequenterweise auch den Verband einbeziehen.

100 (Fn. 99), S. 137.

Wolf den Gedanken der Repräsentation außer acht gelassen hat. Der Verband muß die Gruppe repräsentieren, um zur Geltendmachung des Gruppeninteresses legitimiert zu sein. Für das UWG und das AGBG könnte man dem entgegenhalten, daß die Legitimation des Verbandes auf dem Gesetz beruht. Aber dieser gesetzlichen Verleihung liegt eben nicht die Vorstellung einer Repräsentation zugrunde, wie sich oben¹⁰¹ bei der Strukturierung der Verbraucherverbände gezeigt hat und auch in der gesetzlichen Mindestanforderung von lediglich 75 Mitgliedern zum Ausdruck kommt.

Für den Anspruchscharakter ist primär die Ableitbarkeit und Existenz des von *Wolf* angenommenen Gruppeninteresses entscheidend. Die angeführte Parallelität der geschützten Interessen mit den von den Verbänden verfolgten Interessen vermag zwar die Motivation des Gesetzgebers bei der Auswahl der Klageberechtigten aufzuzeigen, kann aber nicht erklären, weshalb hieraus eigene geschützte Interessen des Verbandes werden sollen. Fehl geht auch der Vergleich mit der Konkurrentenklage nach § 13 Abs. 1 UWG, denn auch diese ist durch einen Verzicht auf die individuelle und eigene Verletzung geprägt¹⁰². Zudem fehlt es auf seiten der Verbraucher an einer hinreichend abgrenzbaren Gruppe, aus der sich ein vom Allgemeininteresse zu unterscheidendes Gruppeninteresse herleiten könnte. Vom Begriff des Verbrauchers¹⁰³ wird im Grunde jeder erfaßt, so daß der Begriff eher für eine Rolle als für eine gesellschaftliche Gruppe steht¹⁰⁴. Auch der Versuch, dem Verbraucherbegriff dadurch rechtliche Konturen abzugewinnen, daß man ihn in Umkehrung des Unternehmerbegriffs definiert¹⁰⁵, führt hinsichtlich eines eigenständigen Gruppeninteresses nicht viel weiter. Jedenfalls weist die Tatsache, daß interessenmäßig eher entgegengesetzte Verbände in den Kreis der Klagebefugten einbezogen sind, eindeutig auf die Wahrnehmung öffentlicher Interessen¹⁰⁶ und nicht auf den Schutz von bestimmten Gruppeninteressen¹⁰⁷ hin. Die Vorstellung eines Gruppenschutzes ist schon für das Wettbewerbsrecht in seiner ursprünglichen Gestalt, bei dem primär der Schutz der Mitbewerber im Vordergrund stand, kaum vorstellbar. Denn

101 B II 3.

102 Richtig *Bettermann* (Fn. 99), S. 135.

103 Zum Verbraucherbegriff im Rechtssinn, *Reich/Tonner/Wegener*, Verbraucher und Recht, S. 13 ff.; *Schneider*, BB 1974, 764 ff., jeweils m. w. N.

104 Ähnliche Bedenken bei *Bettermann* (Fn. 99), S. 138, dem allerdings nicht darin gefolgt werden kann, daß auch der Status als Arbeitnehmer, Arzt, Rechtsanwalt usw. keine Grundlage für eine spezifische Gruppe bilden soll.

105 So *Reich/Tonner/Wegener* (Fn. 103), S. 16.

106 Zutreffend *Knieper*, NJW 1971, 2253.

107 In bezug auf den (damals noch rechtspolitischen) Vorschlag einer Verbandsklage zur AGB-Kontrolle äußert *Wolf* (a.a.O., S. 35 Fn. 101) selbst Bedenken, ob hier ein Ansatzpunkt für ein Gruppeninteresse gegeben ist, da die rechtsgeschäftliche Verantwortung dem einzelnen, nicht der Gruppe obliege.

als Schutz eines Gruppeninteresses läßt sich typischerweise nur die Abwehr von Beeinträchtigungen von außen verstehen, nicht aber die Sanktion des Verhaltens eines Mitglieds dieser Gruppe¹⁰⁸. Für das funktionsgewandelte UWG und mehr noch für das AGBG versagt der Gruppengedanke vollkommen. Das AGBG ist schon wegen der Einbeziehung der Kaufleute kein reines Verbraucherschutzgesetz¹⁰⁹, so daß selbst dann, wenn man die Verbraucher als begrenzbare Gruppe ansehen könnte, keine Deckung des Schutzbereichs mit ihr vorliegt. Die materiellrechtlichen Vorschriften des AGBG, deren Durchsetzung im weiteren Sinn die Verbandsklage dient, schützen jede Person in ihrer Stellung als Vertragspartner unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe¹¹⁰.

Mangels der Existenz eines eigenen verletzten (Gruppen-)Interesses scheidet damit auch der von Wolf eingeschlagene Weg zur Begründung eines Anspruchs der Verbände aus.

cc) Die Begründung von Schlosser für das AGBG

Die Rechtfertigung *Schlossers*¹¹¹ für die Annahme von materiellrechtlichen Ansprüchen ist mehr funktioneller Natur und aus einer Gegenüberstellung mit derjenigen Ansicht entnommen, die den Verbänden eine »isolierte Prozeßführungsbefugnis«¹¹² zusprechen will. Diese an sich mögliche »Prozeßführungstheorie« führe zu einer überflüssig komplizierten Begriffsbildung, wenn der Anschluß an andere Rechtsnormen und Rechtsinstitute gefunden werden muß, wie etwa bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung, dem einstweiligen Rechtsschutz und der negativen Feststellungsklage. Deshalb sei die Annahme von Ansprüchen die sinnvollste Zuordnung. Sie könne ein »Prozeßführungsrecht« der Verbände, wenn ihm materiellrechtliches Substrat abgehe, im Sinne von § 935 ZPO in seiner »Verwirklichung« niemals ver-eitelt oder erschwert werden¹¹³. Ebenso falle es dieser prozessualen Deutung der Verbandsklage schwer, bei der negativen Feststellungsklage ein »Rechtsverhältnis« im Sinne von § 256 ZPO zu finden. Lassen sich diese Schwächen der noch zu behandelnden Theorie nicht von der Hand weisen, so kann daraus zur Rechtfertigung eines Anspruchs aber nur dann argumentiert werden, wenn sich bei Annahme eines solchen die Lösung der von *Schlosser* angesprochenen Sachprobleme als weitgehend reibungslos erweisen würde. Bei keinem der drei von *Schlosser* gewählten »Prüfsteine« ist dies

108 Zu dieser »Selbstaufsicht« als historische Wurzel der UWG-Verbandsklage sogleich unten E II 2 b.

109 Dazu *Löwe/Graf v. Westphalen*, § 24 Rdn. 1; *Ulmer/Brandner*, § 24 Rdn. 13.

110 Lediglich für den Umfang des Schutzes ließe sich sagen, daß er an bestimmte gruppenspezifische Eigenschaften anknüpft.

111 § 13 Rdn. 8; dazu bereits oben bei E I.

112 Dazu sogleich unten E II 2 b.

113 *Schlosser*, § 13 Rdn. 11.

aber der Fall. Zwar gelangt man bei der Annahme eines Anspruches problemlos zu einem Recht i. S. von § 935 ZPO. Damit wird aber die primäre Frage nach der generellen Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen im abstrakten Verfahren übergangen. Angesichts der aus der Wechselwirkung mit § 21 resultierenden Bedenken¹¹⁴ läßt sich die Statthaftigkeit nicht einfach damit begründen, das AGB kenne zwar keine dem § 25 UWG entsprechende Vorschrift über einstweiligen Rechtsschutz, doch müsse ein solcher auch im Bereich der §§ 13 ff. zur Verfügung stehen¹¹⁵. Dies gilt um so mehr, wenn man mit *Schlosser*¹¹⁶ die von *Leipold*¹¹⁷ vertretene Auffassung teilt, entstehungsgeschichtlich habe die durch § 25 UWG ausgesprochene Freistellung von den »in den §§ 935, 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen« dem Tatbestandsmerkmal »Rechtsverhältnis« gegolten, weil das RG ein solches in Wettbewerbssachen nicht habe annehmen wollen. Wie immer man für das AGBG zur Statthaftigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Ergebnis stehen mag, eine sachgerechte Argumentation läßt sich nicht aus dem bloßen Abstellen auf ein (angeblich) vorhandenes Individualrecht in Form eines Anspruchs, sondern nur aus einer eigenständigen Wertung des Zwecks und Zusammenspiels der §§ 13 ff. herleiten. Ähnliches zeigt sich auch bei der negativen Feststellungsklage. Auch hier wird die Problematik verkürzt, wenn man schlicht auf das Vorhandensein eines Anspruchs hinweist. Wie oben¹¹⁸ bereits dargelegt, ist für die Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage vor allem der Gesichtspunkt maßgebend, daß den Verbänden aufsichtliche Befugnisse zustehen und deswegen dem Betroffenen eine Rechtsschutzform offenstehen muß, wenn diesem ein Abwarten prozessualer Schritte des Verbandes nicht zuzumuten ist. Ebenso wenig vermag bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung die Einstufung von § 13 als deliktsrechtlicher Anspruch zu befriedigen. Sie läßt außer acht, daß AGB auf Verträge bezogen sind und jeweils einzelne Privatrechtsnormen einer bestimmten Rechtsordnung abbedingen und deshalb eine Kontrollregelung über AGB im Interesse dieser Rechtsordnung begründet ist¹¹⁹.

Nimmt man die übrigen schon erwähnten Abweichungen gegenüber dem Anspruchsbegriff hinzu, so läßt sich eine Einordnung als Anspruch bei einer Gesamtschau nicht befürworten. Es ist zwar nicht völlig von der Hand zu weisen, daß die Annahme eines Anspruchs in manchen Fällen den ersten Zugang zu der Problemstellung und -lösung erleichtert, weil dadurch bei vielen Rechtsinstituten und -normen auf Vorhandenes zurückgegriffen wer-

114 Oben D II 3 c.

115 So *Schlosser*, § 13 Rdn. 10.

116 § 13 Rdn. 12.

117 *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, S. 130 f. (136 f.).

118 D II 3 c.

119 Dazu unten näher F III.

den kann und sich so eine gewisse Basis bietet, von der aus Abstriche und Modifikationen gemacht werden können. Dogmatisch erfaßt ist dadurch die Verbandsklage des AGBG nicht, zumal auf der anderen Seite davor zu warnen ist, den ohnehin funktionsüberlasteten Anspruchsbegriff durch Einbeziehung der Verbandsklage noch mehr auszuweiten.

2. KLAGEBEFUGNIS DER VERBÄNDE ALS PROZESSSTANDSCHAFT ODER PROZESSFÜHRUNGSBEFUGNIS

a) Gesetzliche Prozeßstandschaft

Bei dem zum Wettbewerbsrecht vertretenen Lösungsansatz, die Verbandsklage des § 13 UWG als Regelung einer Prozeßstandschaft aufzufassen, ist zu differenzieren. Die eine Ansicht¹²⁰ erachtet eine Prozeßstandschaft im herkömmlichen zivilprozessualen Sinn für gegeben; also die Befugnis, einen Prozeß im eigenen Namen über ein fremdes Recht zu führen¹²¹. Dies setzt voraus, daß an sich ein Träger des Rechts oder Beteiligter des streitigen Rechtsverhältnisses vorhanden ist, anstelle dessen die Verbände kraft Gesetzes zur Prozeßführung berufen wären. Für das UWG scheidet hierfür die den Mitbewerbern in § 13 UWG gewährte Berechtigung aus, da sie ebenso wie die der Verbände von einer eigenen Rechtsverletzung unabhängig ist. Anknüpfen ließe sich zwar an den bereits aus § 1 UWG folgenden Unterlassungsanspruch des individuell betroffenen Konkurrenten, in dessen Geschäftssphäre das unerlaubte Handeln hineinwirkt. Die Klagebefugnis der Verbände und der nicht beeinträchtigten Mitbewerber ist jedoch nicht an das Vorhandensein und das Vorbringen eines solchen Anspruchs gebunden¹²². Zudem hätte die Annahme einer Prozeßstandschaft zumeist die Konsequenz, daß dem Anspruchsinhaber das (eigene) Prozeßführungsrecht entzogen sein müßte, während die Verbände und Mitbewerber erkennbar neben diesem und sogar unabhängig von ihm berechtigt sein sollen.

Noch weniger ist für das AGBG die Annahme einer Prozeßstandschaft am Platze¹²³. Einem individuell von AGB Betroffenen steht kein Unterlassungsanspruch zu¹²⁴; die Verbandsklage setzt zudem nicht voraus, daß es bereits zu einem Vertragsschluß und damit einer »AGB-Betroffenheit« gekommen ist. Eine Vorstellung, daß § 13 Abs. 1 einen Anspruch ohne Rechts-

120 *Baumbach*, MuW 1931, 5 (6); *Habscheid*, GRUR 1952, 221; *Berg*, JuS 1966, 461 (463).

121 *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., vor § 50 Rdn. 20; *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Auflage, § 46 I.

122 Ebenso *Hadding*, JZ 1970, 309.

123 Ebenso *Schlosser*, § 13 Rdn. 8.

124 Oben C II 1 c.

inhaberschaft festlegt, wäre ebensowenig haltbar wie eine Sicht, nach der an sich jedermann dieser Anspruch zusteht, dessen Klagbarkeit aber nur bei den Verbänden gegeben ist¹²⁵.

b) »Selbständige« Prozeßführungsbefugnis

In der Nähe des Instituts der Prozeßstandschaft liegt auch die von *Hadding*¹²⁶ vertretene Qualifizierung der nach § 13 Abs. 1 UWG gegebenen Klagebefugnis der Verbände und Mitbewerber. Er bezeichnet sie als »Selbständige Prozeßführungsbefugnis«, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß sie unabhängig von einer eigenen materiellen Rechtszuständigkeit besteht und auch nicht auf fremde materielle Rechte eines bestimmten Rechtsträgers bezogen ist, wie das bei einer Prozeßstandschaft der Fall ist¹²⁷. In den §§ 1, 3, 6, 8, 10–12 UWG werde allein die Pflicht festgelegt, bestimmte Handlungen unlauteren Wettbewerbs zu unterlassen, ohne daß diese Pflicht mit einem materiellrechtlichen Anspruch in der Person eines Rechtsinhabers verknüpft sei. Es handle sich um eine aktionenrechtliche Regelung, bei der darauf verzichtet werde, einen materiellrechtlichen Anspruch als Grundlage der Prozeßführungsbefugnis vorauszusetzen.

In der Erkenntnis, daß die Klagebefugnis der Verbände sowohl von der Gefährdung oder Beeinträchtigung eigener wie auch fremder materieller Rechte eines anderen, bestimmten Rechtsträgers unabhängig ist, kann *Hadding* auch für das AGBG völlig zugestimmt werden¹²⁸. Wertvoll ist ferner sein in Zusammenhang mit der dogmatischen Einordnung stehender Hinweis auf die historischen Wurzeln der Verbandsklage des UWG¹²⁹. Bis zum Inkrafttreten der Gewerbeordnung von 1869 oblag den Zünften, Gilden, Innungen usw. die Überwachung des Geschäftsgebarens ihrer Mitglieder. Kraft einer Art Delegation waren diese Berufszwangsverbände die Träger der

125 Dies scheitert unabhängig von der Streitfrage, ob die Klagbarkeit zum Wesen oder gar hauptsächlichen Inhalt des materiellrechtlichen Anspruchs zählt (dazu oben E II 1 a aa und *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., vor § 253 III 1, 2), schon an dem strukturellen Gesichtspunkt, daß ein »Anspruch jedermanns« ebenso abzulehnen ist, wie ein »Anspruch gegen jedermann«.

126 JZ 1970, 305 (307 ff.).

127 *Hadding*, JZ 1970, 310.

128 Entgegen *Hadding*, JZ 1970, 310 Fn. 41, ist es dann allerdings nicht angängig, diese Rechtsstellung derjenigen der »Parteien kraft Amtes« entsprechen zu lassen, denn von diesen werden ja materielle Rechte bestimmter Rechtsträger (etwa des Gemeinschuldners) geltend gemacht; so zutreffend Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 28 Fn. 73; ähnliches gilt auch für den Hinweis auf die Verwandtschaft zu den »öffentlichrechtlichen Amtswaltern« (gemeint die bei *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., vor § 50 Rdn. 35 angeführten Fälle).

129 Die folgende Darstellung beruht auf *Hadding*, JZ 1970, 309 f., und *Leinemann*, Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, S. 69 ff.

Gewerbepolizei. Mit Aufhebung der Zünfte und Einführung der Gewerbefreiheit häuften sich auch die Auswüchse des Wettbewerbs. Die durch das Wettbewerbsgesetz von 1896 erstmals eingeführte Klagebefugnis der Mitbewerber und der »Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen« füllte daher jene Lücke, die durch die Aufhebung des Zunftwesens entstanden war. Nicht eine »staatliche Wettbewerbspolizei« ist an die Stelle der Zunft getreten, um unlautere Wettbewerbshandlungen zu verhüten und zu verfolgen, vielmehr ist den am Wettbewerb Beteiligten eine Aufsichtsbezugnis eingeräumt worden.

Die von *Hadding* damit angesprochene Aufsichts- oder Kontrollfunktion der Verbandsklage hat auch für den Gesetzgeber des AGBG als Regelungsanliegen im Vordergrund gestanden¹³⁰. Fraglich erscheint aber, ob dieser wesentliche und später noch aufzugreifende Aspekt in der von *Hadding* gewählten Bezeichnung der »selbständigen Prozeßführungsbefugnis« hinreichend zum Ausdruck kommt. Im Begriff der Prozeßführungsbefugnis schwingt herkömmlich die Vorstellung mit, Grundlage der Klage sei ein eigenes Recht der Partei oder das eines Dritten. Knüpft man an die prozessuale Berechtigung an, als Partei in einem Prozeß auftreten zu können, so wird von *Hadding* die Klagebefugnis der Verbände nur durch einen anderen, sachlich gleichbedeutenden Begriff umschrieben, ohne daß dieser die mit der Gewährung der Klage verfolgten Intentionen ausdrückt¹³¹. Freilich wird zugleich auch die Schwierigkeit deutlich, ob es überhaupt gelingen kann, mit den vorgegebenen Instituten des Zivil- und Zivilprozeßrechts die Struktur der Verbandsklage hinreichend zu erfassen.

3. DIE VERBANDSKLAGE ALS PRIVATRECHTLICHER »INSTITUTIONENSCHUTZ«

Eine Betrachtungsweise, die sich in gewissem Maß von den herkömmlichen Bahnen wegbewegt, findet sich in dem Bestreben *L. Raisers*¹³², dem Gedanken des »Institutionenschutzes im Privatrecht« größere Beachtung einzu-

130 Dazu oben C II 2 c.

131 Bedenken gegen die Anlehnung *Haddings* an den Begriff der Prozeßführungsbefugnis äußern auch *Herbst* (Fn. 38), S. 450, und *Rupp*, ZRP 1972, 35.

132 Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum ius, summa iniuria*, S. 145 ff. Für »Institutionenschutz« als Merkmal der Verbandsklage des AGBG *Arens* (oben Fn. 7); zu § 13 UWG: *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., Einl. UWG Rdn. 50; *Bussmann*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1969, 312, 316. Zu *L. Raisers* Thesen vgl. ferner *Löwisch*, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 122 ff.; *J. Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, S. 138 ff.; *Jauernig*, JuS 1971, 329 (331 f.). Allgemein zum »institutionellen Rechtsdenken« *B. Rütters*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen.

räumen. Will man eine Verbindungslinie zu den eben behandelten Prozeßstandschaftsauffassungen ziehen, so ließen sich danach die Verbände als »Institutsprozeßschafter«¹³³ bezeichnen. Ansatzpunkt für *L. Raiser* ist das Unbehagen an der Vorstellung, das Privatrecht ausschließlich als ein (geschlossenes) System subjektiver Rechte des einzelnen zur Sicherung seiner Freiheitssphäre zu begreifen. Er will vielmehr einen zweiten, gleichrangigen Systemgedanken hinzutreten lassen, »die Entfaltung und Sicherung der das gesellschaftliche Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts«¹³⁴. Als Beispiel aus dem BGB nennt *Raiser* den Besitzschutz, bei dem als Schutzobjekt entgegen der h. M. nicht ein subjektives Recht, sondern die Besitzordnung anzunehmen sei, die den Rechtsfrieden zu wahren hat. Das objektive Recht bediene sich nur des zufällig betroffenen Besitzers, um durch seine Selbsthilfe oder Klage die gestörte Ordnung wiederherzustellen¹³⁵. Das gleiche Prinzip gelte auch im Wettbewerbsrecht, das den Mitbewerbern und Verbänden einen Unterlassungsanspruch und den in ihrem Vermögen Betroffenen Schadensersatzansprüche gewährleistet. Diese Individualansprüche hätten den Zweck, nicht nur Einzelinteressen zu befriedigen, sondern das Rechtsinstitut der Wettbewerbsordnung zu schützen. Die Grundzüge des Institutionenschutzes sieht *Raiser* darin, daß das Privatrecht für diesen Schutz nicht auf die spontane Mitwirkung eines in seinen Interessen beeinträchtigten Rechtsgenossen verzichten kann und will. Aber dieser Interessenschutz werde nicht, wie bei der Verletzung subjektiver Rechte, um der Person des Rechtsträgers willen, sondern als Mittel zum Zweck des Institutionenschutzes gewährt. Für dieses Schutzmittel treffe zu, was *Kelsen* in seiner »Reinen Rechtslehre« zum Strukturgesetz der gesamten Rechtsordnung erklärt, daß nämlich die Ansprüche der einzelnen Rechtssubjekte nur Reflexe des als Pflichtenordnung zu verstehenden objektiven Rechts seien, und die Subjekte, indem sie die Ansprüche geltend machen, als Funktionäre der Gesamtrechtsordnung handelten¹³⁶.

Allgemeine Bedenken gegen die Auffassung von *Raiser* müssen schon bei dem von ihm angeführten Besitzrecht angemeldet werden. *Esser*¹³⁷ hat hier zutreffend eingewendet, der Gesetzgeber habe in § 862 BGB die Stellung des Besitzers wie die eines Eigentümers schützen wollen und dann eben doch auch »individualrechtlich« gedacht. Mit *Raiser*¹³⁸ ist zwar die Tendenz für

133 Ausdruck von *Baur*, JZ 1966, 382.

134 *Raiser* (Fn. 132), S. 148.

135 *Raiser* (Fn. 132), S. 154 f.

136 *Raiser* (Fn. 132), S. 159.

137 *Esser* (Fn. 39), § 113 II 4.

138 (Fn. 132), S. 153; *ders.*, JZ 1961, 465.

gefährlich zu halten, überall dort, wo ein Bedürfnis zum Schutz individueller Belange auftritt, zunächst ein subjektives Recht des Betroffenen zu »konstruieren«, um zu Abwehr- oder Schadensersatzansprüchen zu gelangen. Aber die Alternative für die Bereiche, wo ein subjektives Recht nicht angenommen werden kann, muß nicht gleich im »Institutionenschutz« liegen. Es läßt sich vielmehr auch fragen, ob man nicht den Begriff des subjektiven Rechts überschätzt hat¹³⁹ und nicht neben ihm andere Individualberechtigungen anerkennen sollte. Wo ein subjektives Recht vorliegt, ist zu bedenken, daß auch dieses in eine Rechtsinstitution eingebettet ist, oder sogar wie das Eigentum (jedenfalls begrifflich) mit dem Rechtsinstitut identifiziert werden kann. Warum hier der Institutsschutz gegenüber dem Einzelrechtsschutz zurücktreten soll, erklärt *Raiser* nicht¹⁴⁰. Daß schließlich in den von *Raiser* angenommenen Fällen des Institutionenschutzes die Rechtswahrnehmung durch ein Rechtssubjekt gleichzeitig und gleichrangig sowohl dem Schutz dessen individueller Interessen wie dem Schutz des Rechtsinstituts dienen soll, kann bei der Entscheidung von konkreten Einzelproblemen einen kaum auflösbaren Widerspruch aufwerfen, will man nicht einem der Ziele das Primat einräumen¹⁴¹.

Betrachtet man speziell die Verbandsklage, so verliert allerdings das zuletzt genannte Bedenken an Bedeutung, wenn man – insofern allerdings entgegen *Raiser* – davon ausgeht, daß ihr nicht der Schutz individueller Interessen des Verbandes zugrunde liegt. Hier ließe sich also ein »reiner« Institutionenschutz annehmen, wobei sich freilich zugleich die Frage auftut, welches Rechtsinstitut denn durch § 13 AGBG gesichert sein soll. Unabhängig von der Antwort hierauf würde eine solche Annahme jedoch die Auffassung *Raisers* in einem entscheidenden Element verlassen. *Raiser* stellt zwar den Schutz eines Rechtsinstituts ganz in den Vordergrund, aber »nach dem Grundprinzip des Privatrechts so, daß es der Initiative eines in seinen Interessen betroffenen Einzelnen bedarf, um diesen Schutz wirksam werden zu lassen«¹⁴². Von diesem genannten Grundprinzip des Privatrechts weicht aber die Verbandsklage ab; ihre Einführung beruht vielmehr im wesentlichen gerade auf der Feststellung, daß in dem entsprechenden Bereich die Betroffenen ihre Interessen in einem zu geringen Maß wahrnehmen können oder wollen und sich deswegen die objektive Rechtsordnung nicht wie sonst

139 So *Baur*, JZ 1966, 382; *Münzberg*, JZ 1967, 692.

140 Kritisch zu der Entgegensetzung von subjektivem Recht und Institution auch *Schapp* (Fn. 14), S. 142.

141 Für ein »Entweder – oder« aus der Sicht der Prozeßzwecke auch *Jauernig*, JuS 1971, 331.

142 *Raiser* (Fn. 132), S. 154.

auf diesem Weg bewährt¹⁴³. Bei der Verbandsklage vertraut man also nicht auf die Initiative der Betroffenen, sondern ersetzt oder ergänzt diese.

An der Auffassung von *Raiser* bleibt im Hinblick auf die Verbandsklage zwar die Betonung der objektiven Rechtskontrolle beachtlich. Erfolgt diese aber nicht wie von ihm vorausgesetzt durch individuell Betroffene, ist also eine Konstellation gegeben, bei der die Wahrung des objektiven Rechts ohne oder unabhängig von einer individuellen Beeinträchtigung des Klägers geschieht, so liegt zunächst eine Qualifizierung als Popularklage nahe.

4. POPULARKLAGE

Auch diese Ansicht wird zur wettbewerbsrechtlichen Verbandsklage in § 13 UWG vertreten¹⁴⁴ und findet sich zum AGBG in der bereits erwähnten Passage der Gesetzesmaterialien¹⁴⁵ angedeutet, wo von der Einführung einer »eingeschränkten Popularklage« die Rede ist. In dieser Bezeichnung wird freilich zugleich die Schwierigkeit einer solchen Einordnung erkennbar. Zwar ist ein Kennzeichen der Popularklage die Betonung der Wahrung des objektiven Rechts ohne Rücksicht auf eine materielle Beschwer des Klägers¹⁴⁶. Eine echte Popularklage kennt das geltende Privatrecht in der Regelung des § 11 WZG für den klageweise geltend zu machenden Antrag auf Löschung eines eingetragenen Warenzeichens¹⁴⁷. Der Verbandsklage fehlt es aber an dem zweiten, grundlegenden Merkmal der Popularklage, daß eben nicht »quavis ex populo« klagen kann¹⁴⁸. Dies wird durch einen einschränkenden Hinweis auf eine zahlenmäßige Begrenzung der Popularklage nur vordergründig verdeckt. Die Eigenart der Verbandsklage, aber zugleich auch die Problematik ihrer Erfassung mit herkömmlichen Mitteln, liegt darin begründet, daß – für das AGBG ausschließlich – den Verbänden eine Befugnis eingeräumt ist, diese aber andererseits nicht aus einer materiellen Rechtsposition der Verbände hergeleitet werden kann.

143 Dazu auch *Kötz* (Fn. 99), S. 69 f.; *von Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 304; sowie oben bei B I 2.

144 *H. Isay*, Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts, S. 60; *Szente*, MuW 1933, 547 (eine Art »actio popularis«); *Scholz*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 83 (»zumindest im Grundsatz«); *Kötz* (Fn. 99), S. 93 Fn. 53.

145 BT-Drucks. 7/5422, S. 3.

146 Siehe dazu auch *v. Arnim* (Fn. 143), S. 307.

147 Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., § 13 UWG Rdn. 1; *Hadding*, JZ 1970, 307; *Bussmann*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1969, 318. – Dies gilt jedenfalls für die Nr. 2–4 von § 11 Abs. 1 WZG, während Nr. 1, 1 a in der Person des Klägers bestimmte subjektive Voraussetzungen (eigenes Zeichen- oder Benutzungsrecht für gleiche oder gleichartige Waren) fordern.

148 Ebenso *Hadding*, JZ 1970, 308; *v. Arnim* (Fn. 143), S. 306.

III. Eigene Einordnung: Privatrechtliche Kontrollkompetenz der Verbände

1. KEINE MATERIELLE VERWALTUNGSTÄTIGKEIT DER VERBÄNDE IM ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN SINN

Läßt sich die Regelung in § 13 AGBG mit den herkömmlichen Kategorien des Zivil- und Zivilprozeßrechts demnach nur unzulänglich erfassen, so liegt es nahe, sie auf Übereinstimmung oder Verwandtschaft mit rechtlichen Strukturen und Inhalten außerhalb des Privatrechts zu überprüfen. Gedanken aus dem Bereich des öffentlichen Rechts sind während der bisherigen Untersuchung wiederholt angeklungen. Man erinnerte sich an das Unterfangen des Reichsgerichts, die Klagebefugnis der Verbände im UWG als »gewissermaßen polizeiliche Befugnisse« zu kennzeichnen, an die von *Hadding* als historische Wurzel der Verbandsklage angesprochene »Selbstaufsicht« als Ersatz für eine »staatliche Wettbewerbspolizei«, an das vielfach erwähnte »Klagerecht im öffentlichen Interesse«. Bei der Behandlung der Subsidiaritätsfälle haben sich Erwägungen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip feststellen lassen, für die Regelung des § 19 ist im Gleichheitsgrundsatz eine wesentliche Stütze gefunden worden, bei § 21 hat sich ein Vergleich mit der materiellrechtlichen Wirkung eines behördlichen Verbots ergeben.

Weisen diese weitgehend dem öffentlichen Recht entnommenen Kategorien etwa darauf hin, daß es sich um materielle Verwaltung durch Private handelt? Kommt etwa den vom Gesetz ermächtigten Verbänden die Rechtsstellung eines »beliehenen Unternehmers« zu?

Eine Antwort auf diese Fragen hängt zunächst davon ab, nach welchen Kriterien der Status eines »Beliehenen« zu bestimmen ist. Zu diesem im öffentlichen Recht seit langem umstrittenen Problem finden sich im wesentlichen drei Ansichten¹⁴⁹. Nach der sog. Aufgabentheorie ist die Beleihung als Übertragung einer Staatsfunktion, insbesondere eines »Stücks öffentlicher Verwaltung« definiert. Für die Rechtsstellungs- oder Befugnistheorie ist allein die Ausübung hoheitlich-obrigkeitlicher Befugnisse maßgeblich. Eine dritte Ansicht kombiniert beide Elemente und sieht die Beleihung als Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe durch ein mit öffentlicher Gewalt ausgestattetes Privatrechtssubjekt¹⁵⁰. Von diesen Kriterien ist dasjenige der Ausübung hoheitlicher Befugnisse bei den Verbänden ersichtlich nicht gegeben.

149 Vgl. hierzu aus neuerer Zeit *Heyen*, Das staatsrechtliche und rechtstheoretische Problem des Beliehenen, S. 41 ff.; *Steiner*, JuS 1970, 69; *ders.*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 9 ff.; *Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 202 ff.; *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 137, jeweils m. w. N.

150 So *Steiner*, JuS 1970, 70 (anders: Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 46 ff.); *Peters*, FS für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, S. 877 (894).

Diese sind nicht mit echter öffentlicher Gewalt ausgestattet, ihnen stehen zur Wahrnehmung ihrer Aufgabe lediglich Mittel des Privatrechts zur Verfügung. Einer von einem Verband ausgesprochenen Abmahnung mag zwar ein bestimmtes faktisches Gewicht, keinesfalls aber eine rechtlich verbindliche Regelungswirkung zukommen. Dennoch muß das Fehlen obrigkeitlicher Zwangsmittel in den Händen der Verbände nicht notwendig auch zu einer Negation der Ausübung von Verwaltungstätigkeit führen. Zum einen vollzieht sich diese schon allgemein nicht ausschließlich durch Einsatz hoheitlicher Mittel. Daß auch eine Behörde nicht unbedingt mit staatlicher Zwangsgewalt ausgestattet sein muß, zeigt sich im Wettbewerbsrecht, zu dem die verfahrensrechtliche Regelung des AGBG Parallelen aufweist, ferner ein rechtsvergleichender Blick in die USA. Die dort als Wettbewerbs- und Kartellbehörde bestehende Federal Trade Commission kann bei Scheitern eines freiwilligen Unterwerfungsverfahrens selbst keine bindende Anordnung erlassen, sondern lediglich ein formelles Beanstandungsverfahren einleiten, in dem durch einen »administrativ law judge« eine (rechtsmittelfähige) Entscheidung gefällt wird¹⁵¹.

Mit der Feststellung, daß es an hoheitlichen Befugnissen fehlt, ist die Problematik demnach noch nicht erschöpfend geklärt. So wird in jüngerer Zeit weitgehend anerkannt, daß das Handeln Privater auch ohne Anordnung und Zwang unter bestimmten Voraussetzungen als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sein kann¹⁵². Bleibt damit die Frage relevant, ob die von den Verbänden nach § 13 AGBG wahrgenommene Aufgabe als öffentliche bzw. staatliche Aufgabe zu charakterisieren ist, so läßt sich an diese mit Hilfe von zwei Erkenntnissen herangehen, die in der allgemeinen öffentlich-rechtlichen Diskussion als einigermaßen gesichert gelten können. Zum einen ist dies ein differenziertes Verständnis von öffentlichen und staatlichen Aufgaben. Öffentliche Aufgaben, definiert als solche, an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert ist, sind nicht notwendig staatliche Aufgaben¹⁵³. Das Kriterium einer Gemeinwohlorientiertheit, das für die Verbandsklage als gegeben zu erachten ist, vermag demnach – jedenfalls für sich allein – das Vorliegen einer Staatsaufgabe nicht zu begründen. Die zweite Erkenntnis besagt, daß sich der Nachweis einer Staatsaufgabe nur

151 Näher zu dieser Regelung *Grimes*, GRUR Int. 1973, 643 (645); *Wirth*, Die Klagebefugnis der Verbände in § 13 I a UWG, S. 176 (180); *Simitis*, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?, S. 182 ff.

152 *Steiner*, JuS 1970, 71; *Ossenbühl*, VVDStLR 29, 140 Fn. 2; *Brohm* (Fn. 149), 206, 210.

153 Dazu eingehend *Peters* (Fn. 150); *Klein*, DÖV 1965, 755. – Allgemein zum vielschichtigen Begriff des »Öffentlichen« *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff.

aus der konkreten, raumzeitlichen Staatsordnung erbringen läßt¹⁵⁴. Der Aufgabenbereich des Staates ist notwendig offen¹⁵⁵. Staatliche Aufgaben sind solche, die der Staat nach der geltenden Verfassungsordnung (zulässigerweise) für sich in Anspruch nimmt¹⁵⁶. Die eigentlichen Schwierigkeiten bereitet jedoch die Feststellung des Aktes, durch den der Staat eine Aufgabe an sich gezogen hat, da diese Umwandlung einer öffentlichen zu einer staatlichen Aufgabe mit ihrer Übertragung an den Privaten einhergehen kann¹⁵⁷. Das BVerfG¹⁵⁸ hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, eine öffentliche Aufgabe werde dann zu einer staatlichen Aufgabe, wenn sich der Staat in irgendeiner Form mit ihr befaßt. Genügt es demnach, daß der Staat bei Bejahung eines öffentlichen Interesses an der Notwendigkeit einer überindividuellen AGB-Kontrolle sich legislatorisch mit diesem Anliegen befaßt hat? Wie *Peters*¹⁵⁹ überzeugend nachgewiesen hat, ist die vom BVerfG verwendete Formulierung zu weit. Öffentliche Aufgaben, mit denen der Staat sich regelnd beschäftigt, werden dadurch noch nicht notwendig zu staatlichen¹⁶⁰. Auf welche Gesichtspunkte freilich dann entscheidend abgestellt werden soll, ist ein offenes Problem. Neben einer Reihe anderer Indizien wird vor allem auf die Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung hinsichtlich Haftung, Rechtsschutz, Weisungsbindung usw. abgehoben¹⁶¹. Geht man davon aus, daß der Aufgabenbereich des Staates weitgehend offen ist und ein Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers besteht, ob er eine öffentliche Aufgabe dem Kreis des Privatrechts zuweist oder sie an sich zieht und (lediglich) durch Private erfüllen läßt, so kommt in der Tat den Modalitäten der getroffenen Regelung wesentliche Bedeutung zu. Eine entsprechende Wertung des verfahrensrechtlichen Teils des AGBG ergibt, daß hier von Privaten durch Mittel des Privatrechts die Einhaltung materiellen Privatrechts überwacht werden soll. Bezieht man ferner den Willen des Gesetzgebers mit ein, wonach durch Einführung der privatrechtlichen Verbandsklage einer verwaltungsmäßigen Kontrolle gerade eine Absage erteilt werden sollte, so läßt sich nicht feststellen, daß die geregelte Aufgabe als staatliche ausgewiesen worden ist. Es liegt somit keine Verwaltungstätigkeit im öffentlich-rechtlichen Sinn vor, ein Beliehenenstatus scheidet aus.

154 *Leisner*, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 16; *Ossenbühl*, VVDStLR 29, 153; *Martens* (Fn. 153) S. 131.

155 *Ossenbühl*, VVDStLR 29, 153.

156 *Ossenbühl*, VVDStLR 29, 153 m.w.N. – Vernachlässigt werden kann die Frage, ob es einen Bereich originärer, wesensmäßig vorgegebener Staatsaufgaben gibt, da die Kontrolle von AGB sicherlich hierzu nicht zu zählen wäre.

157 *Steiner*, JuS 1970, 71.

158 BVerfGE 12, 205 (243).

159 (Fn. 150).

160 *Peters* (Fn. 150), S. 894.

161 *Ossenbühl*, VVDStLR 29, 157.

Mit diesem Ergebnis ist zwar der dogmatische Standort der Verbandsklage innerhalb des Privatrechts noch nicht geklärt. Neben der Vergewisserung, daß sie jedenfalls im Ansatz dort anzusiedeln ist, hat die Betrachtung jedoch auch einen wichtigen Gesichtspunkt für die Frage ergeben, warum die Eingliederung in die herkömmlichen Privatrechtsinstitute weitgehend versagt und Anleihen aus öffentlich-rechtlichen Kategorien naheliegen. Den Kern der Verbandsklage des AGBG bildet das dem Privatrecht weitgehend unbekannte Element der Aufsicht und Kontrolle, eine Tätigkeit also, die bislang fast ausschließlich dem Bereich des öffentlichen Rechts zugewiesen war.

2. PRIVATRECHTLICHE KONTROLLKOMPETENZ DER VERBÄNDE

An diese Kontrollfunktion¹⁶² der Verbandsklage ist auch für ihre dogmatische Erfassung anzuknüpfen. Um die Strukturen dieser Kontrolle näher zu bestimmen, ist dabei zunächst zu klären, ob die den Verbänden eingeräumte Rechtsstellung allein im prozessualen Bereich liegt, wie dies der Terminus Verbandsklage anklingen läßt, also ausschließlich als Gewährung einer prozessualen Antragsbefugnis betrachtet werden kann. Eine derartige Sicht scheint dann nahezuliegen, wenn man – wie die hier vertretene Meinung – eine materiellrechtliche Berechtigung der Verbände im herkömmlichen Sinn, insbesondere das Vorliegen eines Anspruchs verneint. Doch wäre es verfehlt, aus dem Umstand, daß die vorgegebenen Institute des materiellen Rechts ausscheiden, zwingend auf ein rein prozessuales Gebilde zu schließen. Zwar hat sich gezeigt, daß auch der Zivilprozeß durch seine Einschaltung in das geschaffene Kontrollsystem eine andere als seine herkömmliche Funktion aufweist. Aber hierin liegt nur ein Teil des Regelungsgehaltes des Dritten Abschnitts des AGBG. Eine rein prozessuale Gewichtung würde außer acht lassen, daß die Rechtsstellung der Verbände auch materiellrechtliche Elemente aufweist und demgemäß eine sachgerechte Lösung nur unter Einbeziehung des materiellen Rechts, genauer durch dessen Fort- und Neuentwicklung gefunden werden kann.

Bei dem Unterfangen, die den Verbänden eingeräumte materielle Position zu umschreiben, hat man sich gleichzeitig von den klassischen Begriffen des Privatrechts und deren Inhalten freizumachen. Grundlage bildet nicht die Zubilligung eines subjektiven Rechts oder die rechtliche Anerkennung eines Individualinteresses, sondern die Betrauung bestimmter Verbände mit einer

162 Als »Zuweisung gewisser Kontrollfunktionen, die nur notdürftig in die überkommene, noch weithin individualistisch ausgeprägte Nomenklatur eingefügt werden können« wird die Verbandsklage des UWG von *Eike Schmidt*, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, S. 29, charakterisiert; zum AGBG vgl. *Damm*, ZRP 1978, 167, der wegen seiner rechtspolitischen Kritik an der Ineffizienz der Verbandsklage diese eher als »Kontrollersatz« ansieht.

(öffentlichen) Aufgabe. Anstelle einer herkömmlichen Rechtsträger- oder -inhaberschaft besteht eine Wahrnehmungszuständigkeit der Verbände. Handlungsziel ihrer gerichtlichen wie außergerichtlichen Maßnahmen ist nicht die Durchsetzung individueller Rechte, sondern die Kontrolle der Einhaltung objektivrechtlicher Normen.

Die Rechtsstellung der Verbände läßt sich demnach als »privatrechtliche Kontrollkompetenz« bezeichnen. Der Begriff der Kompetenz vermag dabei sowohl die Betrauung der Verbände mit einer Aufgabe (präventive Ausschaltung von unzulässigen AGB) wie auch die Einräumung bestimmter Befugnisse (Mittel des Privatrechts) hierzu zum Ausdruck zu bringen¹⁶³. Die Kontrolltätigkeit der Verbände erfolgt zwar in den Formen des Privatrechts, ist aber im öffentlichen Interesse begründet. Es handelt sich um eine Rechtsstellung, deren Standort zwischen dem herkömmlichen Privatrecht und einer öffentlich-rechtlichen Regelungsweise mit behördlichen Kontrollinstitutionen liegt¹⁶⁴.

Damit erhellt sich auch die gewandelte Funktion eines von den Verbänden eingeleiteten Zivilprozesses¹⁶⁵. Fehlt es an individuellen Rechten des Verbandes, so folgt an sich schon aus dem dienenden Charakter des Prozeßrechts, daß hier nicht die Feststellung und Durchsetzung einer derartigen Position als Zweck gegeben sein kann. Es bietet sich an, dann die schon herkömmlich mitverfolgte Bewährung des objektiven Rechts in den Vorder-

163 Zum ähnlichen Zusammenhang der Begriffe »Kompetenz«, »Aufgabe«, »Befugnis« im öffentlichen Recht vgl. *Heyen* (Fn. 149), S. 41 f.; *Krautzberger*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 41 ff.; *Wolff*, Verwaltungsrecht (Bd. 2), § 72 I c 1.

164 Im Grunde ein (weiteres) Beispiel dafür, daß eine strikte Trennung von privatem und öffentlichem Recht bei der dogmatischen Erfassung mancher Rechtsinstitute nicht befriedigen kann; vgl. hierzu *L. Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, S. 10 ff.; S. 29, der vorschlägt, das Privatrecht nach Funktionsbereichen zu gliedern, die typischen Lebensbereiche unserer Gesellschaft entsprechen, und als Kriterium der Unterscheidung den Grad der Privatheit oder Öffentlichkeit dieser Bereiche zu verwenden; ferner *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 81, der an die Stelle dieser Zweiteilung ein übergreifendes Gemeinrecht treten lassen will.

165 Diese ist nicht identisch mit einem allgemeinen Funktionswandel in Richtung auf einen »Sozialen Zivilprozeß« (vgl. dazu *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß; *Baur*, FS zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Jur. Fak., S. 159 ff.), denn wie der herkömmliche dient auch der »Soziale Zivilprozeß« primär der Durchsetzung individueller Rechte und will gerade diesem Ziel durch eine sozialstaatsgerechtere Ausgestaltung der Verfahrensregeln Rechnung tragen. Die zunehmende Übertragung gestaltender Befugnisse (dazu *Baur*, a.a.O., S. 165, 174) wie in Scheidungs- und Mietsachen beschränkt sich auf die Regelung privater Lebensverhältnisse, wenngleich hier die Grenze zum öffentlichen Bereich bereits fließend wird.

grund zu rücken. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß dies mittels einer Aufsicht und Kontrolle über den AGB-Bereich geschieht und auch der Zivilprozeß im Dienst dieses Kontrollanliegens steht. Diese Annäherung an ein aufsichtliches Verfahren spiegelt sich auch in einzelnen prozessualen Instituten wider. So liegt die Bestandskraft ergehender Entscheidungen in der Skala zwischen der eines Verwaltungsaktes und der eines rechtskräftigen Urteils in einem Individualprozeß. Bestimmte Verfahrenswirkungen (§ 21) lassen sich nicht mehr mit dem Institut der Rechtskraft erfassen, sondern eher durch einen Vergleich mit der materiellrechtlichen Wirkung eines behördlichen Verbots.

Insgesamt besehen stellt sich die in der Regelung der §§ 13 ff. erfolgte Heranziehung des herkömmlichen Zivil- und Zivilprozeßrechts lediglich als gesetzestechisches Mittel zur Bewältigung eines Ordnungsanliegens dar. Dieser Vorgang läßt sich anhand der Systematik des § 13 verdeutlichen. Um für das in den §§ 9–11 kodifizierte Recht einem »Vollzugsdefizit« zu begegnen, wird die Einhaltung dieses objektiven Rechts durch die Statuierung eigenständiger¹⁶⁶ Pflichten abgesichert. Zur gegenständlichen Festlegung dieser Pflichten (Unterlassung, Widerruf) bedient sich das Gesetz (§ 13 Abs. 1) der Subsumtionsfunktion des Anspruchsbegriffs. Die Verfolgung von Verstößen erfordert Kontrollzuständigkeiten; sie wird als Aufgabe bestimmten Verbänden zugewiesen (§ 13 Abs. 2), wobei zu dieser Betrauung der Anspruchsbegriff in seiner Zuordnungsfunktion herangezogen wird. Da die Verbände nicht selbst mit rechtlicher Zwangsgewalt ausgestattet sind, bedarf es einer Institution, die notfalls verbindliche Entscheidungen treffen kann: Einsatz des Zivilprozesses durch Zubilligung einer Klagebefugnis (§ 13 Abs. 2, soweit man diese nicht ohnehin schon aus der »Gewährung eines Anspruchs« ableitet). Vom Gesetz werden also einzelne Funktionen herkömmlicher Institute des Zivil- und Zivilprozeßrechts herausgegriffen, um damit das neue Rechtsinstitut einer privatrechtlichen Aufsicht auszuformen; sie sind dadurch aber in einen neuen Gesamtzusammenhang gestellt und dienen folglich anderen Zielsetzungen als bei den Zusammenhängen, denen sie entnommen sind.

Die Veränderung in Gehalt und Funktion des nur als Mittel eingesetzten Zivil- und Zivilprozeßrechts wird jüngst auch von *Gerlach*¹⁶⁷ betont, dessen Einordnung der Rechtsstellung der Verbände als »besondere, privatrechtlich ausgestaltete Sorgezuständigkeit«¹⁶⁸ der hier vertretenen Auffassung einer »privatrechtlichen Kontrollkompetenz« relativ nahe steht. Abzulehnen ist

166 Eigenständig deswegen, weil das klassische Vertragsrecht dem Handeln von Privatrechtssubjekten bei einer Abweichung von den Rechtsmaßstäben des objektiven Rechts (lediglich) die rechtliche Anerkennung versagt (Unwirksamkeit der AGB).

167 Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 31.

168 Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 4.

jedoch, daß *Gerlach* einer solchen materiellen Position wiederum einen materiellen Anspruch zugrunde legen will¹⁶⁹. Schon die Charakterisierung als abnormer (!), abstrakter Anspruch¹⁷⁰ spricht eigentlich für sich. Daß bei einer entsprechenden öffentlich-rechtlichen Ordnungsweise mit behördlicher Zuständigkeit sicher ein materielles Eingriffskontrollrecht anzunehmen wäre, läßt im übrigen nicht den Schluß zu, einer gewählten privatrechtlichen Lösung müsse ein materieller Anspruch korrespondieren. Das Besondere der gesetzlichen Regelung besteht gerade darin, daß bei den Verbänden weder ein hoheitliches Eingriffsrecht noch eine materielle Anspruchsberechtigung vorliegt, sondern eine Zuständigkeit im Rahmen eines neuartigen Kontrollsystems.

3. FOLGERUNGEN, INSBESONDERE FÜR DIE PROBLEMATIK DER PARALLEL ODER NACHEINANDER STATTFINDENDEN VERFAHREN WEGEN DES GLEICHEN SACHVERHALTS

Die praktischen Konsequenzen dieser dogmatischen Einordnung lassen sich allgemein dahin formulieren, daß bei Anwendung der vom Gesetz gebrauchten Begriffe nur bedingt Rückschlüsse auf die Funktionen möglich sind, die sie im herkömmlichen Zivil- und Prozeßrecht aufweisen. An die tradierten Grundsätze kann beispielsweise angeknüpft werden, soweit es beim »Anspruch« auf Unterlassung um die Passivseite, die Unterlassungsverpflichtung, geht (etwa hinsichtlich der Störereigenschaft und entsprechenden Zurechnungsfragen). Dagegen läßt sich etwa aus der gesetzlichen Bezeichnung als Anspruch nicht ableiten, daß die Klageberechtigung der Verbände keiner Prüfung von Amts wegen zu unterziehen wäre.

Begreift man die Rechtsstellung der Verbände als Kontrollkompetenz, so ergeben sich auch für die Problematik der Parallelverfahren und der nacheinander stattfindenden Klagen wegen desselben Sachverhalts neue Lösungsgesichtspunkte. Wie oben dargelegt, führt das Abstellen auf einen Anspruch zur Vorstellung der Wahrnehmung eigener Interessen und damit zur grundsätzlichen Rechtsschutzwürdigkeit sämtlicher neben- oder nacheinander laufenden Klagen gegen denselben Verwender. Ferner hat sich bei diesem Ausgangspunkt eine Rechtskrafterstreckung aus den herkömmlichen Kategorien nicht ableiten lassen. Nach der hier entwickelten Sicht bringt die scheinbare Zuteilung eines Anspruchs lediglich die allgemeine Zuständigkeit bestimmter Verbände zur Wahrnehmung der Kontrollaufgaben sowie die abstrakt hierzu gegebenen Mittel (hier: Klagebefugnis) zum Ausdruck. Bereits die Untersuchung der einzelnen Voraussetzungen der Klagebefugnis hat ergeben, daß diese als Kompetenz- bzw. Zuständigkeitsnormen aufge-

169 Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 8.

170 Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 28.

faßt werden können. So legt § 13 Abs. 3 die sachliche Kompetenz der Verbraucherverbände auf den nichtkaufmännischen Bereich fest. Weitere sachliche wie örtliche Kompetenzbestimmungen enthält § 13 Abs. 2 durch die gesetzliche Anknüpfung an die Verbandssatzung. Besteht demnach ein, wenn auch unvollkommenes System von Zuständigkeiten, so stellt sich die Frage der Parallelverfahren wegen des gleichen Sachverhalts von der Rechtsstellung der Verbände her als ein Problem konkurrierender Zuständigkeiten, als Kompetenzkonflikt im Einzelfall dar. Es fehlt gewissermaßen an einer Regelung der »funktionellen Zuständigkeit«, welchem der nebeneinander zuständigen Verbände im konkreten Fall die Kompetenz zur Ergreifung prozessualer Maßnahmen zusteht.

Freilich ist damit die Antwort noch offen, denn ebenso wie eine Anlehnung an das bei behördlichen Kompetenzkonflikten zumeist geltende Prioritätsprinzip¹⁷¹ kommt auch in Betracht, daß es eben bei den konkurrierenden Zuständigkeiten verbleibt. Sucht man angesichts des Schweigens des Gesetzes¹⁷² nach Sach Gesichtspunkten, so ließe sich anbringen, die konkurrierenden Zuständigkeiten müßten im Interesse eines funktionierenden Verbandsklagesystems in Kauf genommen werden¹⁷³. Im Hinblick auf die geringe rechtstatsächliche Relevanz des Problems steht jedoch kaum zu befinden, daß andernfalls das gesamte Kontrollsystem zum Einsturz kommen würde. Von Erheblichkeit ist allerdings der dahinterstehende Gedanke einer Mißbrauchsgefahr bei Alleinzuständigkeit eines Verbandes, da dieser trotz § 13 nicht wie eine Behörde legitimiert ist. Aber es läßt sich ebensogut fragen, ob nicht angesichts der lückenhaften gesetzlichen Regelung diese Mißbrauchsgefahr in Kauf zu nehmen ist. Hier sprechen für die Beklagtenseite rechtsstaatliche Argumente, vor allem die Belastung mit Rechtsunsicherheit. Diese wird am deutlichsten im Fall eines Verwenders, der im Erstprozeß obsiegt hat¹⁷⁴, sich aber dennoch wegen der (Weiter-)Verwendung derselben

171 Es sei denn, es ist eine Konfliktentscheidung durch eine gemeinsame übergeordnete Behörde vorgeschrieben, vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 VerwVerfG, wonach (bei konkurrierender örtlicher Zuständigkeit) andernfalls die zuerst »befaßte« Behörde zuständig ist.

172 Daß die Eigenständigkeit der Klagebefugnis nicht aus der (angeblichen) Existenz »eigener Ansprüche« abgeleitet werden kann, folgt aus der oben dargelegten dogmatischen Einordnung.

173 In dieser Richtung, wenn auch speziell zu der dann gegebenen Möglichkeit divergierender Entscheidungen Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 36.

174 Insoweit ist es zu einseitig, wenn *Gerlach* die auch von ihm für problematisch erachtete Belastung mit Rechtsunsicherheit durch einen Hinweis auf die Korrekturmöglichkeit des § 19 ausschalten will (Münchener Kommentar, § 15 Rdn. 2 a. E., § 13 Rdn. 36 a. E.), denn der *verurteilte* Verwender ist bereits nach der Konstruktion der h. M. (Wegfall der Wiederholungsgefahr bzw. des Rechtsschutzbedürfnisses) keinen nachfolgenden Verbandsklagen ausgesetzt.

Klausel nachfolgenden Klagemöglichkeiten anderer Verbände ausgesetzt sieht. Obwohl sein Verhalten in dem Kontrollverfahren gebilligt wurde, ist er jederzeit einem erneuten Verfahren preisgegeben. Daß dem obsiegenden Urteil in nachträglichen Individualprozessen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Entscheidung (§ 21) keine rechtliche Wirkung zukommt, beruht auf einer anderen Interessenlage. Abgesehen von der Problematik des rechtlichen Gehörs der betroffenen Kunden geht es dort um die Durchsetzung jeweils einzelner subjektiver Rechte, während der Verwender im abstrakten Verfahren seine allgemeine Handlungsfreiheit verteidigt hat, ohne daß diese Entscheidung eine Rechtsverbindlichkeit gegenüber der Kontrollseite entfalten soll. Bei der Interessenabwägung zur Schließung der Gesetzeslücke hat die Mißbrauchsgefahr gegenüber dieser anstehenden Belastung der Beklagtenseite zurückzutreten. Gleiches gilt auch im Hinblick auf das bei Zulassung von Parallelverfahren auftretende gesteigerte Prozeßkostenrisiko und die vervielfältigte Prozeßführungslast. Die Gefahr eines Mißbrauchs bei Alleinständigkeit des zuerst prozessual tätig gewordenen Verbandes ist ohnehin gering. Sie wird abgemildert durch die teilweise auch von der h. M. befürwortete analoge Anwendung von § 19 zugunsten der Verbände¹⁷⁵, ferner durch die – im Anschluß darzulegende – Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und der Unzulässigkeit eines prozessualen Verzichts im abstrakten Verfahren. Einem offensichtlichen Mißbrauch durch einen beeinflussten oder »vorgeschobenen« Verband kann dadurch begegnet werden, daß dieser nicht als gesetzlich zuständiger Verband angesehen wird und eine entsprechende immanente Entscheidung im nachfolgenden Verfahren des (erstmalig) zuständigen Verbandes ergeht.

Zusammenfassend läßt sich demnach festhalten, daß die Klage eines Verbandes unzulässig ist, wenn wegen desselben Sachverhalts bereits ein anderer Verband Klage erhoben hat. Damit wird das oben¹⁷⁶ bei der Behandlung der Parallelklagen gefundene Ergebnis bestätigt, wonach zusätzlichen Klagen das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Hat ein Verband bereits eine rechtskräftige Entscheidung – sei es obsiegender oder unterliegender Art – erwirkt, ist ein erneutes Vorgehen in diesem Fall auch durch andere Verbände ebenfalls unzulässig. Man mag hierin eine Art Rechtskrafterstreckung sehen, was oben¹⁷⁷ offengeblieben ist; letztlich folgt diese Wirkung daraus, daß die Rechtsstellung der Verbände in ein aufsichtliches Kontrollsystem eingebettet ist und durch dessen Funktion und Auswirkungen begrenzt ist.

175 Schlosser, § 19 Rdn. 11. – A. A. Münchener Kommentar (Gerlach), § 19 Rdn. 4.

176 C II 4 b.

177 D II 2.

Die Begrenzung der Klagezuständigkeit auf einen Verband mag manchem als (scheinbar) restriktive Auslegung von Verbraucherschutzgesetzgebung¹⁷⁸ suspekt erscheinen, doch lassen sich die Dinge auch in einem anderen Licht sehen: Wegen der geringen finanziellen und personellen Ausstattung der meisten befugten Verbände kann es sogar zur Effektivität des neuen Kontrollsystems beitragen, wenn mehrere Verbände nicht neben- oder nacheinander im gleichen Fall vorgehen, sondern ihre Aktivität auf andere Verstöße zu verteilen haben. Daß dem auch das Bild der Praxis entspricht, zeigt die Entwicklung im Wettbewerbsrecht, wo verstärkt eine Koordination des Vorgehens einzelner Verbände durch Zentral- oder Dachorganisationen der Verbände stattfindet¹⁷⁹.

178 Daß das AGBG kein reines Verbraucherschutzgesetz ist, s. oben E II 1 b bb bei Fn. 109.

179 Etwa der Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs e. V., dazu auch *Hadding*, JZ 1970, 305 (312).

F. Einzelfragen

I. Prozeßmaximen und Dispositionsakte im abstrakten Verfahren

1. GELTUNG DES UNTERSUCHUNGSGRUNDSATZES

Die Literatur entnimmt einhellig der Verweisung in § 15, daß die Verfahrensgrundsätze der ZPO sowie deren Vorschriften über Dispositionsakte der Parteien auch im abstrakten Verfahren Anwendung finden. Die Geltung des Verhandlungsgrundsatzes erachtet man dabei anscheinend für so selbstverständlich, daß sie nur vereinzelt¹ einer Erwähnung wert befunden wird. Während die h. M. im Bereich der materiellen Voraussetzungen der Verbandsklage durchaus noch Abweichungen gegenüber dem herkömmlichen Privatrecht konzidiert, glaubt man also bei den angesprochenen prozessualen Fragen, daß durch die Verweisung in § 15 alles definitiv entschieden ist. Doch zeigt bei der Frage, ob sich die Einführung von Tatsachen in das Verfahren nach dem Verhandlungs- oder Untersuchungsgrundsatz richtet, schon ein formaler Einwand, daß der Verweisung in § 15 nur ein beschränkter Aussagewert zukommt: Kennt doch die ZPO beide Verfahrensmaximen, die damit allenfalls in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis stehen, wobei selbst dieses bezüglich der grundsätzlichen Geltung der Verhandlungsmaxime neuerdings in Zweifel gezogen wird². Allgemein kommt hinzu, daß sowohl die erwähnten Verfahrensmaximen wie auch die Möglichkeit von Dispositionsakten nicht ohne Bezug zum materiellen Recht gesehen werden können³.

So wird etwa der Verhandlungsgrundsatz als die angemessene Verfahrensgestaltung für die prozessuale Ausübung subjektiver Privatrechte und als prozessuale Parallele zur materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit gekennzeichnet⁴. Einzuschränken ist allerdings, daß dieser Zusammenhang kein

1 Münchener Kommentar (Gerlach), § 15 Rdn. 2; Sieg, VersR 1977, 489 (493).

2 Etwa Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, S. 278; Martens, JuS 1974, 785 (787). – Dagegen allerdings zutreffend Bettermann, ZZP 88 (1975), 347.

3 Vgl. etwa Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., S. 18 ff., 79, 166 und öfter.

4 Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 144; Grunsky (Fn. 3), S. 20 f.

unverbrüchliches Dogma darstellt, sondern auch von Zweckmäßigkeitserwägungen getragen wird⁵. Das Fehlen herkömmlicher subjektiver Berechtigungen der Verbände spricht damit nicht zwingend für den Untersuchungsgrundsatz, wie umgekehrt das Beispiel des Verwaltungsprozesses zeigt, daß auch ein Verfahren zur Durchsetzung subjektiver Rechte vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht sein kann. Sucht man nach weiteren Kriterien, die den Modus der prozessualen Stoffsammlung und den Verfahrensgegenstand in Beziehung setzen, findet man bei den Verfahrensarten des Zivilprozesses, für die der Untersuchungsgrundsatz vorgeschrieben ist, die Begründung, daß hier öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen⁶.

Es liegt nahe, hierauf auch für die im öffentlichen Interesse begründete Verbandsklage abzustellen, doch bildet auch dies zunächst nur ein Indiz, da die Verbände vom Gesetz gerade als Wahrer des öffentlichen Interesses eingesetzt sind. An einer faktischen Ungleichheit der Parteien, die für den herkömmlichen Zivilprozeß zugunsten einer Abmilderung oder Aufhebung des Verhandlungsgrundsatzes ins Feld geführt wird⁷, fehlt es insofern regelmäßig. Dennoch kann aus der den Verbänden zugeordneten Funktion nichts gegen den Untersuchungsgrundsatz hergeleitet werden. Ein Blick auf den Verwaltungsprozeß zeigt, daß das Gesetz diesen selbst dann vorsieht, wenn eine Behörde, also ein legitimer Wahrer des öffentlichen Interesses, Partei ist; und auch bei den im Zivilprozeß vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren rückt das Gesetz nicht von diesem ab, wenn ein Vertreter des öffentlichen Interesses beteiligt ist⁸.

Zieht man weiter in Betracht, daß im Verfahren nach § 13 Aufsichts- und Kontrollfunktionen wahrgenommen werden und auch das Zivilgericht in diese Aufgabe eingeschaltet ist, so wird es noch fragwürdiger, es an die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen zu binden. Hinzu kommt, daß es sich um ein herausgehobenes Verfahren handelt, das auf eine breite Öffentlichkeitswirkung angelegt ist und jeder Klausel, die das Verfahren mit einer Sachentscheidung durchlaufen hat, eine Art Güte- oder Mißbilligungssiegel anhaftet.

Gegen den Untersuchungsgrundsatz und damit für die Verhandlungsmaxime spricht schließlich auch nicht, daß das Verfahren rechtlich nicht zugunsten Dritter wirken kann. Dieser Hinweis⁹ ist vielmehr für die Klärung der Stoffsammelungsmaxime weitgehend indifferent, denn eine (mögliche) Belastung Dritter wirft in erster Linie die Frage nach deren Beteiligung oder Nichtbeteiligung am Verfahren auf, kann aber nichts unmittelbar

5 *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., § 78 I 3; ob diese allein maßgeblich sind, ist freilich streitig, vgl. *Grunsky* (Fn. 3), S. 21.

6 *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., § 78 I 3; *Grunsky* (Fn. 3), S. 166.

7 Etwa *Zettel*, *Der Beibringungsgrundsatz*, S. 177 ff. m. w. N.

8 Zutreffend herausgestellt von *Grunsky* (Fn. 3), S. 165.

9 *Münchener Kommentar (Gerlach)*, § 15 Rdn. 2.

darüber aussagen, nach welchem Grundsatz die Tatsachenbeschaffung in diesem Verfahren zu erfolgen hat. Zwar läßt sich sagen, daß durch die Geltung der Untersuchungsmaxime teilweise auch solche Drittbelastungen mit abgedeckt werden sollen, doch kann man dies nicht in dem Sinn umkehren, daß beim Fehlen solcher Belastungen der Verhandlungsgrundsatz eingreife.

Aufgrund der oben angeführten Argumente ist damit von der Geltung der Untersuchungsmaxime im abstrakten Verfahren auszugehen.

2. DISPOSITIONSAKTE

Da die Verbände darin frei sind, von der ihnen eingeräumten Kompetenz Gebrauch zu machen, steht ihnen die Disposition darüber zu, ob und in welchem Umfang sie außerprozessuale oder prozessuale Maßnahmen ergreifen. Ihnen obliegt daher auch die Bestimmung, welche Klauseln sie zum Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens machen. Entgegen einem Vorschlag in der Reformdiskussion¹⁰ ist es dem Gericht demnach nicht erlaubt, den Verfahrensgegenstand von sich aus zu erweitern und die Verurteilung auf nicht beanstandete Klauseln auszudehnen¹¹. Entsprechend den herkömmlichen zivilprozessualen Grundsätzen (§ 308 ZPO) bleibt es an den Parteienantrag gebunden; dies ergibt sich auch bereits aus §§ 15 Abs. 2 Nr. 1, 17 Nr. 1¹².

Den Verbänden ist es weiter möglich, vom Verfahren durch eine Klagerücknahme wieder Abstand zu nehmen; wegen § 269 Abs. 2 ZPO entfällt dadurch für nachfolgende Klagen (auch anderer Verbände) nicht die Klagezuständigkeit.

Weniger zweifelsfrei ist dagegen die Zulässigkeit derjenigen Dispositionsakte, die einen Bezug zum materiellen Recht aufweisen. Die h. M.¹³ gestattet dem klagenden Verband ohne weitere Bedenken die Möglichkeit eines Verzichts. Zwar wird der prozessuale Verzicht ganz überwiegend als reine

10 Nach der These 3 des Zweiten Teilberichts der Arbeitsgruppe beim BJM (S. 23, 39) sollte das Gericht auch über nicht beanstandete Klauseln entscheiden können, »wenn sie mit der angegriffenen Klausel in einem so engen und untrennbaren Zusammenhang stehen, daß auch sie von der Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel erfaßt werden«. – Noch weitergehend § 23 Nr. 2 der von *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, Verbraucherschutz im Modellversuch (S. 23 ff., S. 269 f.), gewählten Gesetzeshypothese.

11 Allgemeine Ansicht, etwa Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 15 Rdn. 3; *Schlosser*, § 15 Rdn. 2. – Rechtspolitisch kritisierend *Damm*, ZPR 1978, 170.

12 Soweit nicht gerügte Klauseln für die Wirksamkeitsfrage beanstandeter Klauseln eine Rolle spielen, können sie freilich zur Beurteilung dieser Klauseln herangezogen werden, zutreffend Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 15 Rdn. 3.

13 *Ulmer-Hensen*, § 15 Rdn. 19; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 15 Rdn. 2; *Schlosser*, § 15 Rdn. 5; *Koch/Stübing*, § 15 Rdn. 1.

Prozeßhandlung aufgefaßt, seine Wirksamkeit jedoch verneint, wenn der Kläger über das streitige Rechtsverhältnis materiellrechtlich nicht verfügen kann¹⁴. Sieht man wie die einhellige Ansicht zum AGBG die Verbände als Inhaber eines eigenen materiellen Anspruches, so liegt es nahe, hieraus eine entsprechende Verfügungsbefugnis abzuleiten, insbesondere die Möglichkeit eines Verzichts auf diesen zuzulassen. Aber selbst von diesem Standpunkt aus müßten sich bereits Zweifel auf tun. Da man zugesteht, daß dieser »Anspruch« den Verbänden nicht um ihrer selbst willen, sondern zu einem bestimmten anderen Zweck »verliehen« ist, könnten auch Verfügungen über diesen nur nach Maßgabe dieser Zweckbestimmung zulässig sein.

Derartigen Erwägungen kann sich die h. M. bei der verwandten Frage der Abtretbarkeit auch nicht völlig entziehen. Zwar versucht sie das zutreffende Ergebnis, daß eine Abtretung oder auch eine Übertragung zur Geltendmachung an Dritte nicht möglich ist¹⁵, auf individualrechtliche Begründungen zu stützen. Daß eine Abtretung des Anspruchs dessen Inhalt verändern würde (§ 399 BGB)¹⁶, erweist sich dabei jedoch als recht vordergründiges Argument, da bei § 13 die persönlichen Beziehungen zwischen »Gläubiger« und »Schuldner« gerade keine Rolle spielen. Mehr Gewicht kommt dem Vergleich¹⁷ mit den quasi-negatorischen Ansprüchen zu, die ebenfalls nicht (selbständig) abtretbar sind¹⁸. Aber dies beruht darauf, daß sie allein dem Inhaber des jeweiligen Rechtsgutes zu dessen Schutz dienen sollen und deswegen nicht von dieser Rechtsträgerschaft losgelöst werden können. Für die Kontrollregelung des AGBG fehlt es aber überhaupt an einem individuellen Träger des geschützten Rechtsgutes; geschützte Rechtsposition und Inhaberschaft der Schutzbehelfe klaffen hier von vornherein auseinander, so daß sich die Abtretung des Schutzmittels nicht wegen einer sich ergebenden Abspaltung ausschließen läßt. Die Nichtabtretbarkeit läßt sich damit letztlich nur rechtfertigen, wenn man sich den Zweck der Ausstattung bestimmter Verbände mit einem »Anspruch« vor Augen hält. Sie soll (zum einen) zum Ausdruck bringen, daß nur diesen Verbänden die Zuständigkeit zum Schutz des Rechtsguts eingeräumt ist. Eine Disposition über diese Zuständigkeit ist ausgeschlossen.

Für die Zulässigkeit eines prozessualen Verzichts ist maßgeblich, inwieweit der klagende Verband über den Verfahrensgegenstand materiell verfügen kann. Sieht man als sachliche Grundlage des prozessualen Begehrens nicht

14 Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 306 II; Henckel (Fn. 4), S. 134 ff.; Grunsky (Fn. 3), S. 79 ff.

15 Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 34; Palandt/Heinrichs, vor § 13 Anm. 2; Stein, § 13 Rdn. 24.

16 So Palandt/Heinrichs, vor § 13 Anm. 2.

17 Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 34.

18 Dazu oben E II 1 a bb.

einen eigenen Anspruch des Verbandes, so wird klar, daß der Verband auf die Einhaltung der in § 13 Abs. 1 statuierten Verpflichtung, wonach die Verwendung und Empfehlung unwirksamer AGB zu unterlassen und die Empfehlung ferner zu widerrufen ist, nicht verzichten kann. Diese Verpflichtungen bestehen abstrakt gegenüber der Allgemeinheit, nicht gegenüber dem Verband. Die Verbände sind gerade und allein zur Durchsetzung dieser Verpflichtungen berufen; ihre Kompetenz ist auf die Ausschaltung von (unzulässigen) AGB gerichtet. Auch der Gesetzeswortlaut deutet bereits darauf hin, daß der »Anspruch« den Verbänden nur zur Geltendmachung (§ 13 Abs. 2) »verliehen« ist, nicht aber zum Zwecke sachlicher Disposition über die Grundlage der Klage. Ein Verband kann lediglich auf die Ergreifung von Verfahrensmaßnahmen »verzichten« oder von diesen wieder Abstand nehmen. Ein prozessualer Verzicht geht aber darüber hinaus, da auf das zur Entscheidung gestellte Rechtsfolgebegehren sachlich verzichtet wird und dies ist das Bestehen der Unterlassungs- bzw. Widerrufspflicht, während das Vorliegen einer Kontrollkompetenz nur eine Vorfrage des Verfahrens bildet. Die prozessuale Dispositionsfreiheit des Verbandes beschränkt sich also darauf, ob und über welche AGB ein Verfahren stattfinden soll sowie auf die Entscheidung, es aufrechtzuerhalten oder dadurch zu beenden, daß der streitige Gegenstand einer Sachentscheidung des Gerichts wieder entzogen wird. Den Verbänden ist es dagegen verwehrt, mittels eines Verzichts Einfluß auf die gerichtliche Sachentscheidung zu nehmen, da die in § 13 Abs. 1 statuierten Verpflichtungen nicht zu ihrer Disposition stehen.

Diese Unabdingbarkeit wird von der h. M. verdeckt, indem sie die eigenständigen Verpflichtungen des § 13 Abs. 1 in einzelne Ansprüche der Verbände auflöst und sich für die Zulassung eines Verzichts mit der Erwägung tröstet, daß das Kontrollinteresse auch noch von anderen Verbänden wahrgenommen werden könne, die durch den Verzicht nicht betroffen werden¹⁹. Abgesehen von den faktischen Wirkungen, die ein Verzichtsurteil im abstrakten Verfahren entfalten kann²⁰, ergibt sich aus einem anderen Grund, daß eine solche isolierte Betrachtung nicht voll durchzuhalten ist. Die h. M. muß nämlich zugestehen, daß ein Verzichtsurteil nicht geeignet ist, die Wirkung von § 19 auszulösen²¹. Dies beruht zwar zum einen darauf, daß § 19 einem Wandel oder einem erstmaligen dictum der höchstrichterlichen Rechtsprechung Rechnung tragen soll und hierfür nur Entscheidungen mit einer vollen gerichtlichen Sachprüfung in Betracht kommen. Zum anderen ver-

19 In dieser Richtung Münchener Kommentar (Gerlach), § 13 Rdn. 2.

20 Diese lassen sich auch nicht dadurch vollkommen ausräumen, daß bei der Auskunft nach § 20 das Urteil als Verzichtsurteil gekennzeichnet wird, was – über den Wortlaut hinausgehend – Gerlach (Münchener Kommentar, § 20 Rdn. 3, 5) zulassen will.

21 Münchener Kommentar (Gerlach), § 19 Rdn. 8; Koch/Stübing, § 19 Rdn. 3.

deutlicht dies aber auch, daß der sachliche Gegenstand des abstrakten Verfahrens einer Disposition eines Verbandes in Form eines Verzichts überhaupt nicht zugänglich ist.

Im Gegensatz zu einem Verzicht beendet ein Prozeßvergleich das Verfahren ohne gerichtliche Sachentscheidung, wobei eine im Vergleich getroffene materiellrechtliche Regelung sich auch nicht unmittelbar auf den Gegenstand des Verfahrens beziehen muß, sondern zusätzlich oder sogar ausschließlich²² andere Angelegenheiten betreffen kann. Beurteilt man unter diesem Blickwinkel die Zulässigkeit eines Vergleichs²³ auf seiten des Verbandes, so ergeben sich für die prozessualen Wirkungen des Vergleichs keine Bedenken, da die Begründung wie die Beendigung der Rechtshängigkeit der Disposition des Verbandes unterliegt. Soweit der Vergleich materiellrechtliche Beziehungen regelt, ist eine entsprechende Verfügungsbefugnis notwendig. Wird von dem klagenden Verband die Verwendung bestimmter Klauseln gebilligt, kann dies nicht bedeuten, daß der Verwender von der in § 13 Abs. 2 festgelegten Verpflichtung freigestellt wird, da diese nicht zur Disposition des Verbandes steht. Eine »Billigung« ist nur soweit möglich, daß der Verband in einem Vergleich seine ergriffenen prozessualen Maßnahmen gegen diese Klauseln wieder fallenläßt²⁴. Nur in diesem Rahmen ist ein prozessualer Vergleich zulässig.

Für eine im Prozeßvergleich enthaltene Unterlassungsverpflichtung des Verwenders ergibt sich die materielle Wirksamkeit daraus, daß dieser aus eigenem Willen seine Handlungsfreiheit einer Einschränkung unterwerfen kann. Aus diesem Grund ist auch ein prozessuales Anerkenntnis des Verwenders oder Empfehlers für zulässig zu erachten. Ein Einwand könnte sich allenfalls aus der starken Öffentlichkeitswirkung des abstrakten Verfahrens herleiten, doch überwiegt das Interesse des Beklagten, auch prozessual ein Ergebnis herbeiführen zu können, zu dem er sich ohnehin materiellrechtlich verpflichten kann. Anders als bei einem prozessualen Verzicht des Verbandes disponiert der Verwender oder Empfehler bei einem Anerkenntnis über einen Gegenstand, der seinen eigenen Rechtskreis betrifft.

22 Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 19. Aufl., § 794 II 1 b; enger Rosenberg/Schwab, ZPR, 12. Aufl., § 132 I 5, nach dem der Vergleich wenigstens einen Teil des Streitgegenstandes regeln muß; falls der Gegenstand des Vergleichs nicht der Parteidisposition unterliegt, diesen aber jedenfalls insoweit für zulässig hält, als die Parteien darin zur Beilegung des Rechtsstreits Erklärungen abgeben.

23 Dafür die einhellige Ansicht, etwa Schlosser, § 15 Rdn. 5; Ulmer/Hensen, § 15 Rdn. 34.

24 Da der Verband insofern von seiner Kompetenz, eine gerichtliche Kontrollentscheidung zu erwirken, keinen Gebrauch gemacht hat, ist ähnlich wie bei einer Klagerücknahme die Klagezuständigkeit eines anderen Verbandes damit allerdings nicht entfallen.

Lebenslauf

Am 20. 9. 1950 wurde ich als Sohn des Stadtinspektors Hans Reinel und seiner Ehefrau Else, geb. Kießling, in Kulmbach geboren. Nach Besuch der Volksschule wechselte ich 1960 in das Markgraf-Georg-Friedrich-Gymnasium in Kulmbach über, wo ich 1969 das Abitur ablegte.

Im Wintersemester 1969/70 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Erlangen-Nürnberg, das ich am 6. 8. 1974 mit der Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß. Nach zweijähriger Referendarzeit im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg legte ich im Termin 1976/II die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seit 1. 4. 1977 bin ich als wissenschaftlicher Assistent am Institut für Zivilrecht und Zivilprozeßrecht der Universität Erlangen-Nürnberg tätig.

II. Anspruch der Verbände auf Erstattung der außergerichtlichen Abmahnkosten

1. NOTWENDIGKEIT UND FUNKTION DER ABMAHNUNG

Unter Abmahnung versteht man im Wettbewerbsrecht die »zur Beilegung einer Wettbewerbsstreitigkeit von einem Unterlassungsberechtigten an den Verletzer wegen einer begangenen oder bevorstehenden Verletzungshandlung ergehende befristete Aufforderung, eine bestimmte Handlung zu unterlassen und zur Vermeidung gerichtlicher Schritte eine gesicherte Unterwerfungserklärung abzugeben«²⁵. Im Hinblick auf einen späteren Prozeß besteht nach allgemeiner Ansicht keine echte Rechtspflicht zur Vornahme einer Abmahnung, insbesondere ist die vorherige erfolglose Abmahnung keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Unterlassungsklage²⁶. Eine Verfahrenseinleitung ohne vorherige Abmahnung hat für den Kläger in der Regel jedoch den Kostennachteil des § 93 ZPO zur Folge, falls der Beklagte im Prozeß sofort anerkennt. Wegen dieser rein kostenrechtlichen Bedeutung für die Frage der Klageveranlassung nach § 93 ZPO wird zumeist statt des Begriffs der Abmahnungspflicht die genauere Bezeichnung als Abmahnungsobliegenheit bzw. Verwarnungsgebot empfohlen²⁷.

Ebenso wie für die wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage entspricht es auch für die Unterlassungsklage des AGBG der nahezu einhelligen Meinung, daß der Kläger in der Regel zu einer vorherigen Abmahnung gehalten ist²⁸. Im Wettbewerbsrecht wird die Existenz eines derartigen Abmahnungsgebotes – soweit es nicht wie von *Pastor*²⁹ bereits gewohnheitsrechtlich begründet wird – für die Verbände aus der Erwägung hergeleitet, daß der gesetzgeberische Grundgedanke der Verbandsklage derjenige einer allgemeinen Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs ist und dementsprechend die Abstellung von Verstößen, nicht aber die Prozeßführung zu ihren eigentlichen satzungsgemäßen Aufgaben gehört³⁰. Dieser Gedanke trifft auch für das AGBG zu und wird auf der Grundlage des Begriffs der Kontrollkompetenz deutlich. Danach bedeutet die gesetzliche Zulassung der Verbandsklage mehr als eine rein prozessuale Befugnis zur Klageerhebung, sondern enthält viel-

25 *Pastor*, Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., S. 8, der statt der Bezeichnung »Abmahnung« den Begriff der »Verwarnung« vorzieht, was aber nicht mit sachlichen Unterschieden verbunden ist.

26 *Pastor* (Fn. 25), S. 15, 20; *Hiersemann*, NJW 1971, 778.

27 *Pastor* (Fn. 25), S. 20.

28 Für das AGBG: *Schlosser*, § 13 Rdn. 56; *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 46; *Löwe*, § 15 Rdn. 12; *Palandt/Heinrichs* § 15 Anm. 2; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., § 93 Rdn. 16. Für das Wettbewerbsrecht *Pastor* (Fn. 25) S. 25 ff.; *Hiersemann*, NJW 1971, 778.

29 (Fn. 25) S. 26 f.

30 OLG Köln WRP 1976, 366; (hilfsweise auch) *Pastor*, (Fn. 25), S. 30 f. m. w. N.

mehr die allgemeine Betrauung mit der Aufgabe, unzulässige AGB auszuschalten. Die Ergreifung verfahrensrechtlicher Schritte ist nicht das einzige zgedachte Mittel zur Wahrnehmung dieser Aufgabe, vielmehr stehen den Verbänden auch außerprozessuale Behelfe, freilich nur zivilrechtlicher Art, zur Verfügung. Über die bloße Last zur Ausschaltung des prozessualen Kostenrisikos hinaus gewinnt die Abmahnung damit die positive Funktion eines wesentlichen Bereinigungsmittels der Verbände. Dies wird durch den rechtstatsächlichen Befund im Wettbewerbsrecht bestätigt, wonach mehr als die Hälfte der von den Verbraucherverbänden aufgegriffenen Vorgänge bereits außergerichtlich, und zwar mit einer Erfolgsrate von 77 %, abgeschlossen wurden³¹. Von diesem Vorstellungsbild der Verbandstätigkeit ist auch der Gesetzgeber des AGBG ausgegangen. Die ermächtigten Verbände sind daher gehalten, zunächst für eine außerprozessuale Bereinigung zu sorgen³².

2. DER ANSPRUCH AUF ERSTATTUNG DER AUSSERGERICHTLICHEN KOSTEN

Kommt es zu einem gerichtlichen Verfahren, so steht dem obsiegenden Verband ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch nach §§ 91 ff. ZPO zu, der auch die zur Rechtsverteidigung notwendigen vorprozessualen Aufwendungen umfaßt³³. Über die Erstattungsfähigkeit der Abmahnkosten in den Fällen, in denen sich der Streit ohne gerichtliches Verfahren erledigte, insbesondere eine Abmahnung zum Erfolg führte, sind die Meinungen dagegen geteilt³⁴. Anerkannter Ausgangspunkt ist, daß hier eine Erstattungspflicht nur aufgrund einer materiellrechtlichen Anspruchsnorm in Betracht kommt,

31 *R. v. Falckenstein*, Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer, S. 307 (311); vgl. auch *Wirth*, Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände nach § 13 I a UWG, S. 44 ff.

32 Inwieweit die im Wettbewerbsrecht gemachten Ausnahmen vom Abmahngebot (bei Unzumutbarkeit oder besonders zeitgebundenen Verstößen) für das AGBG ebenfalls gelten, wird unterschiedlich beurteilt. Grundsätzlich bejahend *Löwe*, § 15 Rdn. 14; *Palandt/Heinrichs*, § 15 Anm. 3. – Zu Recht einschränkend *Schlosser*, § 13 Rdn. 59; *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 66.

33 Ob die gesamten Abmahnungskosten hierzu rechnen, ist umstritten, vgl. *Pastor* (Fn. 25), S. 90, einerseits, *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., § 91 Rdn. 40, andererseits. Jedenfalls werden die Rechtsanwaltskosten der Abmahnung durch die Prozeßgebühren mit abgegolten, §§ 31 Nr. 1, 37 Nr. 1 BRAGO.

34 Eine Erstattungspflicht für das AGBG bejahen *Palandt/Heinrichs*, § 15 Anm. 3; *Löwe*, § 15 Rdn. 17, Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 12; wohl auch *Stein*, § 13 Rdn. 23. – Dagegen *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 64; *Schlosser*, § 13 Rdn. 60; *Koch/Stübing*, § 13 Rdn. 32. Zum Wettbewerbsrecht vgl. die folgenden Fn.

da für eine analoge Anwendung der §§ 91 ff. ZPO kein Raum ist³⁵. Ein Anspruch aus Verzug (§ 286 BGB) scheitert daran, daß dieser bei Unterlassungspflichten nach h. M. begrifflich nicht denkbar ist und die Abmahnung auch keine (zusätzliche) Pflicht des Störers auslöst, mit deren Erfüllung er in Verzug geraten könnte³⁶. Auch ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit den Vorschriften des AGBG scheidet aus, da dessen Normen einschließlich § 13 nicht den Schutz der Verbände bezwecken und daher nicht als Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden können³⁷. Die von *Pastor*³⁸ befürwortete Anwendung von § 13 Abs. 2 UWG erscheint schon für das Wettbewerbsrecht zweifelhaft und läßt sich jedenfalls nicht auf das AGBG übertragen.

Die Ansicht, die für das AGBG eine Erstattungspflicht der Abmahnkosten annimmt, greift denn auch auf die vom BGH³⁹ zum Wettbewerbsrecht entwickelte Konstruktion eines Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag zurück. Danach soll durch einen Wettbewerbsverstoß ein Stöorzustand entstehen, den der Störer in entsprechender Anwendung von § 1004 BGB zu beseitigen habe. Wer vom Störer die Beseitigung der Störung verlangen kann, habe gem. § 683 BGB Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag, soweit er bei der Beseitigung der Störung hilft und dabei im Interesse und im Einklang mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Störers tätig wird. Dazu ist nach Ansicht des BGH auch die Abmahnung des Störers geeignet, die auch im Interesse des Störers einen kostspieligen Rechtsstreit vermeiden helfe.

Die Entscheidung des BGH ist zu Recht auf erheblichen Widerspruch⁴⁰ gestoßen und in der Begründung wie im Ergebnis abzulehnen. Von den vielen vorgebrachten Einwänden seien nur hervorgehoben, daß das Urteil in unzulässiger Weise den Unterlassungsanspruch mit dem (Störungs-)Beseitigungsanspruch vermengt, die Abmahnung kein »Geschäft« des Verletzers ist und sowohl objektiv wie subjektiv nicht dazu dient, diesem »Hilfe« bei der »Beseitigung einer Störung« zu leisten. Zudem ist das »gestörte« Rechtsgut oder geschützte Interesse nicht dem Verband zugeordnet. Da die Abmahnung in Ausführung der den Verbänden gesetzlich zugedachten Kontroll-

35 Vgl. dazu allgemein *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., vor § 91 Rdn. 14 ff.

36 BGH NJW 1971, 244 f.

37 *Stein*, § 13 Rdn. 23; zum Wettbewerbsrecht BGH NJW 1970, 244; *Hiersemann*, NJW 1971, 780.

38 (Fn. 25), S. 94.

39 BGH NJW 1971, 243.

40 Etwa *Kurbjuhn*, NJW 1970, 604; *Klaka*, GRUR 1970, 191; *Pastor* (Fn. 25), S. 95 ff.; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl., vor § 91 Rdn. 16 Fn. 43; kritisch auch LG Essen NJW 1974, 997; für das AGBG *Schlosser*, § 13 Rdn. 60. – Dem BGH folgend *Hiersemann*, NJW 1971, 777.

kompetenz erfolgt, ist es gerechtfertigt, sie die Kosten der Abmahnung tragen zu lassen⁴¹.

Freilich ist der vom BGH herangezogene Geschäftsführungsgedanke dann nicht völlig abwegig, wenn man sich den »richtigen« Geschäftsherrn vor Augen führt. Nicht für den verwarnten Störer wird von den klagebefugten Verbänden ein Geschäft wahrgenommen, sondern für die Allgemeinheit, insoweit allerdings mit gesetzlichem »Auftrag«. Spielt man diesen Gedanken zu Ende, so würde sich ein Erstattungsanspruch gegen die Allgemeinheit richten, und man könnte einen solchen jedenfalls faktisch dadurch anerkannt sehen, daß die Verbraucherverbände in größerem Umfang durch Mittel der öffentlichen Hand unterstützt werden⁴², die wenigstens mittelbar auch der Wahrnehmung der Klagebefugnis zugute kommen. Man mag vor diesem Hintergrund geneigt sein, die Kosten der AGB-Kontrolle eher dem Störer als indirekt der Allgemeinheit aufzubürden. Eine gesetzliche Grundlage für ein solches rechtspolitisches Ansinnen besteht jedoch nicht⁴³.

III. Die kollisionsrechtliche Behandlung von § 13

Die ganz überwiegende Ansicht⁴⁴ spricht sich bei der internationalrechtlichen Qualifizierung von § 13 dafür aus, die Unterlassungs- und Widerrufsregelung kollisionsrechtlich wie unerlaubte Handlungen zu bewerten und dabei die Regeln anzuwenden, die sich im Bereich des UWG durchgesetzt haben. Dagegen will *Hensen*⁴⁵ bei der Verwendung unzulässiger AGB vom Ausland her an den Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses anknüpfen, während es sich für den Fall der Empfehlung einer Stellungnahme enthält.

Ein Blick auf das von der h. M. angesprochene wettbewerbsrechtliche Kollisionsrecht zeigt, daß für die internationalprivatrechtliche Behandlung von Wettbewerbsverstößen ebenfalls überwiegend von einer Qualifizierung

41 Ähnlich *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 64.

42 Zum Umfang vgl. Bericht der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik, BT-Drucks. 6/2724 Anlage 2, und Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zur Verbraucherpolitik, BT-Drucks. 7/1207; abgedruckt auch bei *v. Hippel*, Verbraucherschutz, S. 175 ff.

43 Im Zweiten Teilbericht der Arbeitsgruppe bei BJM, S. 59 ff., war dagegen noch eine Erstattungspflicht des abgemahnten Verwenders bzw. Empfehlens vorgesehen.

44 *Schlosser*, § 12 Rdn. 1; § 13 Rdn. 9; *Löwe*, § 13 Rdn. 33 ff.; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 55; vgl. auch *Koch/Stübing*, § 12 Rdn. 13; *Dietlein/Rebmann*, Einf. vor § 13 Rdn. 3. – Allgemein für eine Einordnung als unerlaubte Handlung *Tilman*, ZHR 142 (1978), 55.

45 *Ulmer/Hensen*, § 13 Rdn. 16.

als unerlaubte Handlung ausgegangen wird⁴⁶. Nach allgemeinen Grundsätzen des deutschen IPR wäre demnach das Recht des Begehungsortes anzuwenden, Art. 12 EGBGB, wobei als Begehungsort sowohl der Handlungsort, an dem die Verletzungshandlung vorgenommen worden ist, als auch der Erfolgsort, an dem Rechtsgutverletzung eingetreten ist, angesehen wird; liegen diese Orte in verschiedenen Staaten, gilt das dem Verletzten günstigere Recht⁴⁷. Diesen Regeln folgt die h. M. zum wettbewerbsrechtlichen Kollisionsrecht jedoch nur unter erheblichen Modifikationen. So führen etwa *Baumbach/Hefermehl*⁴⁸ aus, der Begehungsort lasse sich bei unlauteren Wettbewerbshandlungen nicht in gleicher Weise wie bei gewöhnlichen unerlaubten Handlungen bestimmen. Kennzeichnend für eine unlautere Wettbewerbshandlung sei nicht die Verletzung subjektiver Rechte oder Rechtsgüter der Mitbewerber, sondern der Verstoß gegen objektive Verhaltensnormen. Handlung und Erfolg bildeten bei Wettbewerbsverstößen eine Einheit, weil es an einem Recht oder Rechtsgut fehle, das verletzt sein könne. Der Wettbewerbsverstoß werde vielmehr an dem Ort begangen, wo es zum Interessenkonflikt mit den Mitbewerbern komme.

Demgemäß stellt die h. M.⁴⁹ grundsätzlich auf den Ort der wettbewerbslichen Interessenkollision ab, i. d. R. also auf den Absatzmarkt, auf dem die Waren zusammentreffen. Wenn sich allerdings der Wettbewerb auf dem Auslandsmarkt ausschließlich zwischen inländischen Unternehmen abspielt oder sich eine Wettbewerbsmaßnahme gezielt gegen einen inländischen Mitbewerber richtet, wird – unabhängig vom Begehungsort – an das gemeinsame Heimatrecht angeknüpft. Werden jedoch nicht unerheblich die Interessen ausländischer Mitbewerber oder das Interesse der Allgemeinheit auf dem ausländischen Absatzmarkt betroffen, so erachtet man das Recht dieses Marktes und nicht das Heimatrecht der inländischen Mitbewerber für maßgebend.

Ob sich diese von der h. M. auf einen Wettbewerbsverstoß angewendeten Regeln noch aus einer kollisionsrechtlichen Qualifizierung als unerlaubte Handlung ableiten lassen, unterliegt starken Zweifeln. Nach einer eingehenden Analyse der herrschenden Rechtsprechung und Literatur ist *Joerges*⁵⁰ jüngst zu der Schlußfolgerung gelangt, man könne nur noch von einer Scheinherrschaft der *lex loci delicti* im IPR des Wettbewerbsrechts sprechen. Mit *Joerges* ist der deliktsrechtliche Ansatz der h. M. für unbefriedigend zu halten, da er von einer Sicht ausgeht, das Wettbewerbsrecht regele aus-

46 Etwa *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., Einl. UWG Rdn. 171; BGHZ 35, 333.

47 *Kegel*, IPR, 4. Aufl., § 18 IV 1; *Palandt-Heldrich*, Art. 12 EGBGB Anm. 2.

48 Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., Einl. UWG Rdn. 181.

49 Dazu *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., Einl. UWG Rdn. 179 f. m. w. N.

50 *RabelsZ* 36 (1972), 421, 446 ff.

schließlich das Verhältnis der Mitbewerber zueinander, sei allein Ausgleich aneinanderstoßender privater Interessen. Die inzwischen weitgehend anerkannte sozialrechtliche und öffentliche Komponente des UWG wird von diesem Ansatz nicht erfaßt; ihr muß im Ergebnis erst durch umfangreiche »Modifikationen« des Ausgangspunktes Rechnung getragen werden.

Schlosser⁵¹ will dem »Ort der wettbewerbsrechtlichen Interessenkollision« für das AGBG den Ort entsprechen lassen, »an welchem die Verbraucherinteressen der Kunden beeinträchtigt werden, an welchem also diese mit dem Klauselwerk in Berührung kommen«. Damit wird der Regelung des § 13 kollisionsrechtlich die Bedeutung zugemessen, sie betreffe den Konflikt zwischen dem Verwender und seinen konkreten Kunden. Tatsächlich wird aber das Verhältnis des Verwenders (oder Empfehlers) zur Allgemeinheit geregelt, nur mittelbar dadurch auch zu den einzelnen Vertragspartnern des Verwenders. In konkreten Fällen zeigt sich ebenfalls, daß die von Schlosser vorgeschlagene Anknüpfung weder dem sachlichen Gehalt von § 13 noch dem Massencharakter von AGB gerecht wird. Man halte sich ein deutsches Großversandhaus vor Augen, das Verträge auf der Grundlage seiner AGB mit Kunden in verschiedenen Staaten des Auslands abschließt. Da alle diese außerdeutschen Kunden in ihrem Heimatstaat mit dem Klauselwerk »in Berührung kommen«, wären sämtliche dieser Rechtsordnungen anwendbar, im Extremfall alle Rechtsordnungen dieser Welt, womit die Frage nach dem anzuwendenden Recht nicht beantwortet, sondern von neuem zu stellen wäre.

Die deliktsrechtliche Qualifizierung von § 13 läßt sich auch nicht dadurch aufrechterhalten, daß man ausschließlich auf den Handlungs-(vornahme)-Ort der AGB-Verwendung abstellt. Dann würde deutsches Recht und damit § 13 etwa auch für den Fall eingreifen, daß ein ausländisches Unternehmen Verträge abschließt, die ausländischem Recht unterliegen, wenn die Verwendungshandlung der AGB (auch) in Deutschland vorgenommen wird. Hier fehlt es jedoch in der Regel an einem hinreichenden Inlandsbezug. Schlosser⁵² meint zwar, es sei nicht sinnvoll, auf den Unterlassungsanspruch das Recht anzuwenden, welches die Verträge beherrscht, in die die beanstandeten Bedingungen einbezogen wurden oder werden sollen. Würden AGB ausschließlich im Ausland verwendet, so bestünde für einen im deutschen Recht zu verankernden Unterlassungsanspruch der in § 13 gegebenen Art kein Bedürfnis, auch wenn die Verträge deutschem Recht unterstehen. Es sei Sache der ausländischen Rechtsordnung, ihren Markt vor unangemessenen AGB zu schützen.

Nun kann die letztere Aussage wohl nur bedeuten, die ausländische Rechtsordnung solle ihren Rechtsverkehr vor unzulässigen AGB schützen;

51 § 12 Rdn. 1.

52 § 12 Rdn. 1.

aber dies kann sinnvollerweise nur derjenige Rechtsverkehr sein, der sich nach eben dieser Rechtsordnung abspielt. Andernfalls käme man zu einer Art Territorialitätsprinzip, daß das Recht desjenigen Staates über Kontrollregelungen für AGB entscheidet, auf dessen Gebiet sich unzulässige AGB »befinden« oder verwendet werden. An einer internationalprivatrechtlichen Interessenabwägung gemessen, wäre dies jedoch eine eher zufällige Anknüpfung, denn die mit einer Kontrollregelung bekämpfte Gefahr entfalten unzulässige AGB nicht primär für die Rechtsordnung des Staates, in dessen Gebiet sie verwendet werden, sondern für diejenige Rechtsordnung, in deren privatrechtliche Vorschriften sie abbedingen.

Vermag deshalb eine lokale Anknüpfung, sei es an den Ort der Verwendungs- oder Empfehlungshandlung oder an den Ort der Beeinträchtigung des oder der Kunden des Verwenders, nicht zu sachgerechten Ergebnissen zu führen, so ist für die kollisionsrechtliche Behandlung von § 13 auf folgenden Gesichtspunkt abzustellen. Die geschaffene Kontrollregelung will das Interesse der deutschen Rechtsordnung absichern, daß die von ihr für AGB getroffenen Wirksamkeitsvoraussetzungen sich in der Realität hinreichend durchsetzen. Dieses Interesse ist dann berührt, wenn für die Einzelrechtsbeziehungen, in die die AGB einbezogen wurden oder werden sollen, materielles deutsches (Privat-)Recht Anwendung findet. § 13 greift demnach bei Sachverhalten mit Auslandsberührung zum einen dann ein, wenn die Verwendung von AGB für Verträge geschieht, die deutschem Schuldstatut unterliegen, unabhängig davon, wo die Verwendung erfolgt oder die Vertragspartner mit den AGB konfrontiert werden. Bei einer Empfehlung ist maßgeblich, ob sich diese nach ihrem Inhalt und ihrer Verbreitung auf den Gebrauch der AGB für Verträge mit deutschem Schuldstatut bezieht.

Bei Verwendung von AGB im Inland für Verträge, die ausländischem Recht unterliegen und von diesem unangemessen abweichen, kommt demnach die Kontrollregelung des § 13 grundsätzlich nicht zum Zuge. Allerdings findet nach § 12 in bestimmten Fällen auch auf Verträge mit ausländischem Schuldstatut deutsches (AGB-)Recht Anwendung. Die Vorschriften des AGBG gelten hier zwar nicht unmittelbar, sind aber in dem Sinne »zu berücksichtigen«, daß bei Fehlen eines äquivalenten Schutzes des ausländischen Rechts dieses den Wertungen des deutschen Rechts anzupassen ist⁵³. § 12 bringt damit zum Ausdruck, daß trotz Geltung eines ausländischen Schuldstatus ein Mindeststandard des deutschen Rechts zu wahren ist⁵⁴. Wird demnach bei den von § 12 erfaßten Vertragsbeziehungen die Maßgeb-

53 Vgl. dazu *Ulmer/Brandner*, § 12 Rdn. 10; Münchener Kommentar (*Kötz*), § 12 Rdn. 5; *Löwe/v. Westphalen*, § 12 Rdn. 10.

54 Von einem ordre-public-Charakter der Vorschrift sprechen *Palandt/Heinrichs*, § 12 Anm. 3; *Löwe/v. Westphalen*, § 12 Rdn. 10; *Schlosser*, § 12 Rdn. 8; *Koch/Stübing*, § 12 Rdn. 10.

lichkeit der Grundwertungen des deutschen Rechts festgelegt, so ist auch die Kontrollregelung nach § 13 eröffnet, soweit sich über § 12 die Unwirksamkeit der AGB ergibt⁵⁵.

Umgekehrt findet § 13 Anwendung, wenn AGB ausschließlich im Ausland bei Verträgen verwendet werden, die deutschem Recht unterstehen. Die gegenteilige Auffassung *Schlossers*⁵⁶ wird auch den an einen internationalen Verbraucherschutz zu stellenden Anforderungen nicht gerecht, da sie auf einer Sicht beruht, jeder Staat solle privatrechtlichen Verbraucherschutz lediglich für die ihm zugehörenden oder sich in ihm befindlichen Personen betreiben. Richtigerweise geht es aber darum, die Rechtsordnung des Staates verbraucherschützend auszugestalten und dies jedem zugute kommen zu lassen, der partiell – wie etwa bei Abschluß und Abwicklung eines Vertrages – dieser Rechtsordnung untersteht. Dies gilt nicht nur für eine rein materiellrechtliche Regelung, sondern auch – und als das haben sich die §§ 13 ff. AGBG erwiesen – für ein besonderes Kontrollsystem, das mittels einer privatrechtlich ausgestalteten Aufsicht ein »Vollzugsdefizit« dieses materiellen Rechts verhindern soll.

55 Insofern zutreffend *Dietlein/Rebmann*, Einf. vor § 13 Rdn. 3; *Löwe*, § 13 Rdn. 35; Münchener Kommentar (*Gerlach*), § 13 Rdn. 14 Fn. 30. – A. A. *Schlosser*, § 12 Rdn. 1, mit der Begründung, die Vorschrift sei auf einen konkreten Vertrag und die Existenz eines anderen Vertragsteils zugeschnitten und passe daher auf das Unterlassungsverfahren nicht. Aber für dieses genügt wie auch sonst der Tatbestand, daß die AGB in Vertragsbeziehungen einbezogen werden sollen, nur daß hier für diese Verträge nach § 12 Nr. 1 und 2 zusätzliche Voraussetzungen gegeben sein müssen, wie etwa auch § 24, der unbestritten im Rahmen von § 13 zu beachten ist, besondere Merkmale in der Person des Vertragspartners fordert.

56 Oben Fn. 52.

G. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

I. Zweck und materielle Voraussetzungen

Der Gesetzgeber hat in §§ 13 ff. ein besonderes Verfahren zur eigenständigen Kontrolle von AGB eingeführt, das den materiellrechtlichen Vorschriften über AGB zu einer besseren Bewährung in der Rechtswirklichkeit verhelfen soll. Er hat sich dabei aus der Vielzahl der in der Reformdiskussion erörterten Modelle für das System einer privatrechtlichen Verbandsklage entschieden; eine öffentlich-rechtliche Kontrolle durch Verwaltungsbehörden sowie Regelungen mit kollektivrechtlichem Einschlag sind abgelehnt worden.

Die in § 13 Abs. 1 statuierte Unterlassungs- und Widerrufsregelung verfolgt das Ziel, den Rechtsverkehr von unzulässigen Klauseln freizuhalten. Sie ist auf präventive Ausschaltung der Betroffenheit des Publikums durch unwirksame AGB gerichtet.

Die Beurteilung der Unwirksamkeit der AGB hat abstrakt, d. h. losgelöst von bestimmten Individualrechtsbeziehungen und Einzelfallumständen, zu erfolgen. Sie setzt nicht voraus, daß die AGB bereits in konkrete Verträge einbezogen worden sind. Bei mehrdeutigen Klauseln (§ 5) ist im Kontrollverfahren von der zur Unwirksamkeit führenden Auslegungsalternative auszugehen. Eine geltungserhaltende Restriktion überschießender Klauseln ist nicht zulässig. Über den Wortlaut von § 13 Abs. 1 hinausgehend ist auch das zwingende materielle Recht als Prüfungsmaßstab für die inhaltliche Zulässigkeit der AGB heranzuziehen.

II. Die Rechtsstellung der Verbände

Die Einhaltung der Unterlassungs- und Widerrufsverpflichtung kann ausschließlich von den in § 13 Abs. 2 aufgeführten Verbänden geltend gemacht werden. Die Klagebefugnis ist bei Vorliegen der an den Verband gestellten Voraussetzungen grundsätzlich in vollem Umfang gegeben; eine Beschränkung der Klagebefugnis in sachlicher oder räumlicher Hinsicht kann sich allerdings aus der Verbandssatzung bzw. aus § 13 Abs. 3 ergeben.

Es besteht keine herkömmliche materiellrechtliche Beziehung der Verbände zu der von ihnen durchsetzbaren Verpflichtung eines Verwenders oder Empfehlers unwirksamer AGB. Die Betrauung bestimmter Verbände

stellt sich lediglich als gesetzestechnisches Mittel zur Bewältigung des Kontrollanliegens dar.

Die h. M., nach der den Verbänden eigene materiellrechtliche Ansprüche auf Unterlassung und Widerruf zustehen, ist abzulehnen. Die Unterschiede zwischen selbständigen und unselbständigen Ansprüchen rechtfertigen nicht, den materiellrechtlichen Anspruch als bloßen Schutzbehelf aufzufassen. Ein unselbständiger Anspruch kann nur bei (drohender) Verletzung eigener gesetzlich geschützter Interessen (oder Rechte) des Berechtigten angenommen werden. Der Versuch, die Berechtigung der Verbände als Ausfluß eines ihnen zustehenden Gruppeninteresses anzusehen, vermag nicht zu überzeugen.

Auch eine dogmatische Einordnung als »selbständige Prozeßführungsbefugnis« oder als privatrechtlicher »Institutionenschutz« kann nicht befriedigen.

Die Rechtsstellung der Verbände ist vielmehr als »privatrechtliche Kontrollkompetenz« aufzufassen. Das Gesetz betraut bestimmte Verbände mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe (präventive Ausschaltung unzulässiger AGB aus dem Rechtsverkehr) und stattet sie hierzu mit bestimmten Befugnissen (Mittel des Privatrechts) aus. Die Kontrolltätigkeit der Verbände erfolgt zwar in den Formen des Privatrechts, ist aber im öffentlichen Interesse begründet. Um das Institut einer privatrechtlichen Aufsicht auszuformen, werden vom Gesetz einzelne Funktionen des Zivil- und Zivilprozeßrechts herausgegriffen; diese sind aber in einen neuen Gesamtzusammenhang gestellt und erfahren eine Veränderung in Gehalt und Funktion.

III. Prozessuale Probleme der Verbandsklage

Die Voraussetzungen der Klagebefugnis eines Verbandes sind im gerichtlichen Verfahren von Amts wegen zu prüfen.

Die Klage eines Verbandes ist unzulässig, wenn wegen desselben Sachverhalts bereits ein Verfahren eines anderen Verbandes anhängig oder rechtskräftig entschieden ist. Das Kontrollinteresse wird regelmäßig durch die Klage des ersten Verbandes in hinreichendem Maß wahrgenommen und hat ansonsten aus rechtsstaatlichen Grundsätzen gegenüber der Belastung der Beklagtenseite zurückzutreten.

Die Tatsachenbeschaffung im gerichtlichen Verfahren richtet sich nach dem Untersuchungsgrundsatz.

Ein prozessualer Verzicht eines Verbandes ist wegen Fehlens einer materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis nicht zulässig. Aus dem gleichen Grund ist auch ein prozessualer Vergleich nur in eingeschränktem Umfang möglich.

Die Wirkung des § 21 ist nicht als Rechtskrafterstreckung aufzufassen. Es handelt sich vielmehr um eine neuartige materiellrechtliche Schutznorm, die am ehesten mit den materiellrechtlichen Wirkungen eines gerichtlichen oder behördlichen Verbotes i. S. der §§ 135, 136 BGB vergleichbar ist.

Lebenslauf

Am 20. 9. 1950 wurde ich als Sohn des Stadtinspektors Hans Reinel und seiner Ehefrau Else, geb. Kießling, in Kulmbach geboren. Nach Besuch der Volksschule wechselte ich 1960 in das Markgraf-Georg-Friedrich-Gymnasium in Kulmbach über, wo ich 1969 das Abitur ablegte.

Im Wintersemester 1969/70 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Erlangen-Nürnberg, das ich am 6. 8. 1974 mit der Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß. Nach zweijähriger Referendarzeit im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg legte ich im Termin 1976/II die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seit 1. 4. 1977 bin ich als wissenschaftlicher Assistent am Institut für Zivilrecht und Zivilprozeßrecht der Universität Erlangen-Nürnberg tätig.

ERLANGER JURISTISCHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN VON DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ERLANGEN-NÜRNBERG

Band 8: *Dr. Wolfgang Frisch*

Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung
Eine Untersuchung über die Struktur und die Revisibilität
des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung
1971. 8°. XXIV, 375 Seiten. Kartoniert DM 59,-

Band 9: *Dr. Harald Löschner*

Die dogmatischen Grundlagen des sittischen Rechts
Eine Untersuchung zur modernen imamitischen Rechtsquellenlehre
1970. 8°. 240 Seiten. Kartoniert DM 39,-

Band 10: *Dr. Günther Zembsch*

Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts
1971. 8°. 252 Seiten. Kartoniert DM 28,-

Band 11: *Dr. Thomas Fries*

Familiengesellschaft und Treuepflicht
Eine Untersuchung zum Recht der Personengesellschaft
1971. 8°. 116 Seiten. Kartoniert DM 35,-

Band 12: *Dr. Wolfgang von Rimscha*

Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus
Zur Entstehung der Grundrechtsartikel in den ersten Verfassungsurkunden
von Bayern, Baden und Württemberg
1973. 8°. XXV, 229 Seiten. Kartoniert DM 62,-

Band 13: *Dr. Rolf Birk*

Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht
1973. 8°. XIII, 475 Seiten. Kartoniert DM 84,-; Leinen DM 98,-

Band 14: *Dr. Reinhard Sell*

Probleme der Rechtsmittelbegründung im Zivilprozeß
1974. 8°. XVI, 160 Seiten. Kartoniert DM 52,-

Band 15: *Dr. Reiner Martin*

Prozeßvoraussetzungen und Revision
1974. 8°. XVIII, 158 Seiten. Kartoniert DM 52,-

ERLANGER JURISTISCHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN VON DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ERLANGEN-NÜRNBERG

Band 16: *Dr. Erich Häusser*

Die Gewährung von Einsicht in Patenterteilungsakten unter
besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte
1974. 8°. XVII, 98 Seiten. Kartoniert DM 36,-

Band 17: *Prof. Dr. Hans Forkel*

Gebundene Rechtsübertragungen

Ein Beitrag zu den Verfügungsgeschäften über Patent-, Muster-,
Urheber- und Persönlichkeitsrechte

Erster Band: Patent, Musterrechte, Urheberrecht
1977. 8°. XXXVI, 250 Seiten. Kartoniert DM 98,-

Band 18: *Dr. Hanns Prütting*

Die Zulassung der Revision

1977. 8°. XXXVII, 286 Seiten. Kartoniert DM 98,-

Band 19: *Dr. Jürgen Kohl*

Die Lehre von der Unrechtsunfähigkeit des Staates
Ein Beitrag zur Dogmatik des öffentlichen Ersatzleistungsrechts
1977. 8°. XXXVIII, 136 Seiten. Kartoniert DM 58,-

Band 20: *Dr. Bernhard Keihl*

Das staatliche Recht der res sacrae

1977. 8°. XXVI, 184 Seiten. Kartoniert DM 80,-

Band 21: *Dr. Arnulf Schmitt-Kammler*

Die Schaffensfreiheit des Künstlers in Verträgen
über künftige Geisteswerke

1978. 8°. XXVII, 204 Seiten. Kartoniert DM 87,-

Band 22: *Dr. Reinhard Greger*

Beweis und Wahrscheinlichkeit

Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten
Beweiserleichterungen

1978. 8°. XXXV, 201 Seiten. Kartoniert DM 87,-